

SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO



XIV SIACRID

2025

UENP JACAREZINHO/PR BRASIL

ORGS.

JAIRO NÉIA LIMA

LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK

FERNANDO DE BRITO ALVES

Financiado pela:



Apoio:



Anais do XIV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Jairo Néia Lima; Luiz Fernando Kazmierczak; Fernando de Brito Alves
(Orgs.)

Andryelle Vanessa Camilo Pomin; Arthur Ramos do Nascimento; Bruna Azevedo de Castro; Décio Franco David; Fábio Benfatti; Fernanda de Matos Lima Madrid; Gisele Caversan Beltrami Marcato; Jairo Néia Lima; Jéssica Fachin; Marcelo Yukio Misaka; Rafael Gomiero Pitta; Samia Moda Cirino; Tatiana Stroppa; Tiago Cappi Janini; Vivianne Rigoldi
(Coordenadores)
Vladimir Brega Filho
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do XIV SIACRID

Prof. Dr. Jairo Néia Lima (UENP-PR)
Prof. Dra. Josefa Munõz Ruiz (Universidade de Murcia – Espanha)
Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR)
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini (FMU)
Profa. Dra. Gisele Caversan Beltrami Marcato (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Dmytro Slinko (UENP-PR - Fundação Araucária); (Kharkiv National University-Ukraine)

Comissão Organizadora do XIV SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Angel Cobacho López (Universidade de Murcia – Espanha)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão Preto)
Prof. Dr. Arthur Ramos do Nascimento (UFGD)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Profa. Dra. Tatiana Stropa (ITE-Bauru)
Profa. Dra. Fernanda de Matos Lima Madrid (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (Faculdades Londrina)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito / Jairo Néia Lima; Luiz Fernando Kazmierczak; Fernando de Brito Alves, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2025. (Anais do XIV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-65-01-70409-8

1. Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito / Jairo Néia Lima; Luiz Fernando Kazmierczak; Fernando de Brito Alves

CDU-342.7

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direitos Humanos. Análise Crítica do Direito.
CDU-342.7

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

SUMÁRIO

ARTIGOS COMPLETOS

CAPÍTULO I VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA

A AUTOATRIBUIÇÃO DE ATIVIDADES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELA POLÍCIA MILITAR: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA VALIDAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO EM DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....15

Warley Freitas de LIMA
Talis Prado PINTO JÚNIOR

A RACIONALIDADE FRUSTRADA: ANÁLISE ECONÔMICA DO “CÁLCULO DO PRIVILÉGIO” NO TRÁFICO DE DROGAS E SUAS IMPLICAÇÕES DE GÊNERO NO BRASIL.....38

Anderson Luiz Lima ROCHA
Gustavo de Souza PREUSSLER

A TEORIA DO DELITO NO SÉCULO XXI: DESAFIOS DA GLOBALIZAÇÃO, MULTICULTURALISMO E A URGÊNCIA DOS PARADIGMAS DO SUJEITO DELIBERATIVO E DA CONDUTA PERFORMATIVA.....52

Marcelo Yukio MISAKA

AS PENAS REAIS NO DIREITO BRASILEIRO: O MOVIMENTO DE DESPENALIZAÇÃO E O QUE RESTOU DA PENA DE PRISÃO.....67

Fillipe Azevedo RODRIGUES

ASSOCIAÇÕES VIRTUAIS E VIOLÊNCIA SEXUAL CIBERNÉTICA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: ANÁLISE JURÍDICA E PROPOSTAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO.....90

Kauã de Oliveira SANCHES

AVISO DE MIRANDA E O DIREITO AO SILÊNCIO: ANÁLISE DA APLICAÇÃO NAS ABORDAGENS POLICIAIS E NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL À LUZ DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....110

Yara GREYCK
Yasmim Zanuto LEOPOLDINO

CRIMINOLOGIA POSITIVISTA E REVITIMIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO CIENTIFICISTA NA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CONTRA MULHERES VÍTIMAS DE ESTUPRO.....133

Nathália Gomes MOLITOR
Romulo Blecha VEIGA
Luiz Fernando KAZMIERCZAK

CRIMINOLOGICAL KNOWLEDGE AND MINORIST LEGISLATION IN AUTHORITARIAN BRAZIL (1964–1985).....	153
Alexander Rodrigues de CASTRO	

INJUSTIÇA EPISTÊMICA E A (IN)APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO 287/2019 DO CNJ NO PROCESSO PENAL CONTRA INDÍGENAS.....	170
Emilya Maria de Oliveira BRIGANÓ	

NAS SOMBRAS DO CÁRCERE: PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O APAGAMENTO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	194
Angélica Ferreira de FREITAS Luiz Felipe Silva e SANTOS	

O ENFRENTAMENTO DA INJUSTIÇA TESTEMUNHAL EPISTÊMICA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS VS. MÉXICO.....	212
Paola Cristina de Moura SALES	

O IMPACTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO.....	224
Fernanda de Matos Lima MADRID Isabelle Tosta dos ANJOS	

O PROCESSO PENAL COMO SISTEMA FECHADO: UM OLHAR LUHMANNIANO SOBRE A SELETIVIDADE E A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL.....	247
João Ricardo dos SANTOS Laura Rosa MARTINS Maria Paula Stradiotto SIMOES	

PREDIÇÃO E DECISÃO PENAL: PROPOSTA DE UM PROTOCOLO PARA AVALIAÇÃO DO RISCO DE FUGA DE RÉUS ESTRANGEIROS.....	265
Arthur Ramos do NASCIMENTO Fernando de Brito ALVES Mateus FERRARI	

REFLEXÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO PENAL E A CRIMINALIDADE CONTRA A MULHER COM AUXÍLIO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL.....	288
Matheus das Neves VIDAL	

SELETIVIDADE PENAL E ENCARCERAMENTO EM MASSA: O CÁRCERE COMO MEDIDA DE CONTROLE SOCIAL.....	302
Carla Roberta Ferreira DESTRO Lucas Octávio Noya dos SANTOS	

SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO SOCIAL HUMANO: ESTRATÉGIAS DE MITIGAÇÃO DAS DINÂMICAS DE VIOLÊNCIAS DE GÊNERO NO CONTEXTO DOS TRANSPORTES.....320

Ana Clara Vasques GIMENEZ
Vitor RORATO

UMA ANÁLISE SOBRE A AMBIVALÊNCIA EXISTENTE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: FRACASSO OU ÊXITO INSTITUCIONAL?.....333

Julia Prado GUGIELMETI
Leonardo Henrique Leite dos SANTOS

VIOLENCIA DE GÊNERO DIGITAL: ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO-JURÍDICO DE LA LEY OLIMPIA ARGENTINA.....346

Nicolás Martín DÍAZ

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL E O PROTAGONISMO FEMININO NA TRANSFORMAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....374

Beatriz Catarine Almeida BELPHMAN
Jader Gustavo Kozan NOGUEIRA

**CAPÍTULO II
PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A ABSOLVIÇÃO DO RÉU PRETERIDA EM FACE DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE 397

Aienny Cristiny da Silva GYORFI
Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI

A ALIENAÇÃO: O PROCESSO KAFKIANO, O DANO EXISTENCIAL E O DIREITO À DESCONEXÃO NAS RELAÇÕES LABORAIS CONTEMPORÂNEAS.....413

Joaquim Fernando Paes de BARROS FILHO
Lorena Morato TERNI

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS JULGAMENTOS DE 8 DE JANEIRO DE 2023.....430

Tamires PETRIZZI

ESTADO DE PERMANENTES VIOLAÇÕES E POPULISMO REACIONÁRIO NO BRASIL: APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA E OS PL'S 321/2023 E 5954/2023.....444

Carla Graia CORREIA
Isadora Ribeiro CORREA

FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO E RESISTÊNCIA JURÍDICA: IDEOLOGIA, INTERSECCIONALIDADE E TRANSFORMAÇÃO.....464

Jamile Gonçalves CALISSI
Renato Zanolli MONTEFUSCO

HERANÇA DIGITAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	479
Millena Fitz Garcia de SOUZA	
O ATUAL PANORAMA DA SEGURANÇA JURÍDICA PERANTE O STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.....	503
Luan Neves de Almeida Del FIOLE	
O CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO PÓS-EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 132/2023: DESAFIOS PARA A SIMPLICIDADE, ACESSO À JUSTIÇA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	521
Alexandre Naoki NISHIOKA Giulia Ramos DALMAZO	
O CONTROLE JUDICIAL SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DAS QUESTÕES ENFRENTADAS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENTRE SETEMBRO E OUTUBRO DE 2024.....	536
Paola Cristina de Moura SALES	
O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA PREVISTO NA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI 12.850/13) À LUZ DO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO.....	547
Ana Júlia Oliveira MACHADO Rodrigo Carlos FLORIANO FILHO	
O INSTITUTO DOS DANOS MORAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONCEITO, FUNÇÕES E APLICABILIDADE.....	563
Gustavo Grilo GUASTALE	
O LIMITE DOS ADITIVOS CONTRATUAIS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES.....	587
Romulo Blecha VEIGA	
OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E O LIMITE ÉTICO DA DEFESA TÉCNICA NA ADVOCACIA.....	604
Edinilson Donisete MACHADO Isadora Ribeiro CORREA Thiago Bortotti VILLA	
OLGA BENÁRIO E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO INSTITUCIONALIZADA: ENTRE A MEMÓRIA HISTÓRICA E OS DESAFIOS ESTRUTURAIS PARA A EFETIVAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA.....	617
Bruno Eduardo FLOSINO Juliana Viana DIOGO Vladimir BREGA FILHO	
PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ CRIMINAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.555.431/RS: PERMANÊNCIAS INQUISITORIAIS NA DECISÃO DO MINISTRO CRISTIANO ZANIN.....	632
Bruna Azevedo de CASTRO	

Fabrizio THOSI

RECURSO DO VENCEDOR: A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE O INTERESSE RECURSAL E O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA.....646

André Murilo Parente NOGUEIRA

João Vitor Facin de FREITAS

TERCEIRIZAÇÃO E PEJOTIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DOS TEMAS 725 E 1.389 DO STF.....667

Joaquim Fernando Paes de BARROS FILHO

Lorena Morato TERNI

TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y PROTECCIÓN DEL PENSIONISTA: NECESIDAD DE TÉCNICAS PROCESALES IDÓNEAS EN LA COBRANZA PREVISIONAL PERUANA.....690

Marco Fabrizio Coronado PEZZINI

Piero Martín Roca SALAZAR

**CAPÍTULO III
VULNERABILIDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS E O DIREITO
CONTEMPORÂNEO**

A FUNÇÃO COLABORATIVA DO DIREITO PARA A FORMAÇÃO DE UM ESTADO SOCIOAMBIENTAL: DESAFIOS ENFRENTADOS POR COMUNIDADES QUILOMBOLAS E O RACISMO AMBIENTAL.....707

Fernando de Brito ALVES

João Ricardo dos SANTOS

Ronaldo Aparecido ROSA JUNIOR

AGENDA 2030 PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO.....727

Carla Roberta Ferreira DESTRO

Valter Foletto SANTIN

AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UM OLHAR MÉDICO-JURÍDICO NO CENÁRIO BRASILEIRO.....751

Paola Damo COMEL

Jamile Ma-Ya Xiang YU

Cristiana MAGNI

DIREITOS SOCIAIS E SUA EFETIVAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DE DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS.....764

Nathália RONCHI

ENTRE O DIVINO E O MONSTRUOSO: APROXIMAÇÕES SOBRE A TEORIA QUEER E A TEORIA CRIP NO BRASIL.....779

Luiz Felipe Silva e SANTOS

FRONTEIRAS INVISÍVEIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA JOVENS MIGRANTES NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.....800

Vanessa Priscila MOYA

FUNDEB: INSTRUMENTO DE INCLUSÃO EDUCACIONAL OU PERPETUAÇÃO DA EXCLUSÃO SOCIAL?.....813

Jefferson Luis Brentini da SILVA

Luciano Teixeira SAVIOLI

Tatiana STROPPIA

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E ECONÔMICAS DA PROPOSTA DE TRIBUTAÇÃO EM LOJAS FRANCAS DE CIDADE GÊMEA NO ESTADO DE MATO GROSSO.....828

Adriane A. B. do NASCIMENTO

INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA E O DIREITO DA PESSOA IDOSA: UMA ANÁLISE DA EXCLUSÃO SOCIAL E DO ABANDONO AFETIVO NO MUNICÍPIO DE MARINGÁ/PR E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO IDOSO.....850

Luiz Geraldo do Carmo GOMES

Raquel Mundo TRINDADE

Valéria Silva Galdino CARDIN

MONOPÓLIO, INOVAÇÃO E DESTRUIÇÃO CRIATIVA: UMA REAVALIAÇÃO JURÍDICA DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA SOB A PERSPECTIVA SCHUMPETERIANA.....867

José Alexandre Ricciardi SBIZERA

Paulo Eduardo Rossi DOURADO

O AMPARO ASSISTENCIAL PARA A PESSOA IDOSA COMO ÚLTIMO RECURSO PARA SUA SUBSISTÊNCIA: UMA ANÁLISE SOB UMA PERSPECTIVA SOCIAL E INCLUSIVA 880

Amin Abil RUSS NETO

Carla BERTONCINI

Juliana de Almeida Salvador FIORILO

O AVANÇO TECNOLÓGICO E A INTIMAÇÃO ELETRÔNICA NOS TABELIONATOS DE PROTESTO.....894

Gabriella Schmitz KREMER

Jéssica Amanda FACHIN

Matheus Petry TRAJANO

O LIMITE DO PODER FAMILIAR NA VACINAÇÃO COMPULSÓRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: UM ENFOQUE SOB A ÓTICA DO STF.....908

Derick Moura JORGE

Rafaella Martins de OLIVEIRA

O RACISMO ESTRUTURAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: REFLEXÕES A PARTIR

DA RESOLUÇÃO CNJ Nº 598/2024.....	930
Andreia Garcia MARTIN	
Camila CARVALHO	

(OVER)SHARENTING: QUANDO COMPARTILHAR A IMAGEM DOS FILHOS GERA O DEVER DE REPARAR?.....	943
Ana Júlia Oliveira MACHADO	
Paulo Roberto BRAGA JUNIOR	
Ruan Ricardo Bernardo TEODORO	

PARAÍBA NA VANGUARDA: LEI 12.027/2021 E A PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA CONTRA ABUSOS NO CONSIGNADO.....	959
Bruno Vinnicius Soares da SILVA	
Mariana Fernandes Barros SAMPAIO	

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS ESPAÇOS DE PODER: DEMOCRACIA E REPRESENTATIVIDADE.....	981
Guilherme de Almeida PRAZERES	
Juliana Izar Soares da Fonseca SEGALLA	
Silvano Furtado da Costa e SILVA	

CAPÍTULO IV

DIREITO, GÊNERO E SEXUALIDADES

A PROTEÇÃO DA VÍTIMA E DOS FILHOS: REGIME DE GUARDA EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.....	997
Laura Candido de LIMA	
Maria Eduarda Alves da SILVA	
Luiz Fernando KAZMIERCZAK	

A RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA: INTERSECÇÕES ENTRE A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL	1011
Alice Beraldo JEVOUX	
Jamile Gonçalves CALISSI	

A TENTATIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS REPRODUTIVOS NO BRASIL E OS RISCOS DE RETROCESSO LEGISLATIVO NA ÓTICA DE “O CONTO DA AIA”.....	1028
Juliana Viana DIOGO	
Rafaela Ribeiro SCALA	
Vladimir BREGA FILHO	

(DES)COMPASSOS NORMATIVOS: A RESISTÊNCIA DO ESTADO BRASILEIRO À JURISPRUDÊNCIA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS LGBTQIAPN+	1050
Lucas de Souza GONÇALVES	
Rafaela Ribeiro SCALA	
Vladimir BREGA FILHO	

**DA EDUCAÇÃO PARA A DIVERSIDADE SEXUAL À LUZ DO MULTICULTURALISMO
COMO PROTEÇÃO À PERSONALIDADE HUMANA.....1071**
Gabriela de Moraes RISSATO
Valéria Silva Galdino CARDIN

**ENTRE GRADES E GÊNEROS: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A INCLUSÃO DA
POPULAÇÃO LGBTQ+ NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....1086**
Carla BERTONCINI
Laura Bianchi PICININ
Renata Franciele TAVANTE

**JULGAMENTO COM PERSPECTIVA RACIAL: UMA ANÁLISE DO ASSÉDIO MORAL
RACIALIZADO NA JUSTIÇA DO TRABALHO.....1112**
Edinilson Donisete MACHADO
Lívia Grasselli de Oliveira Gomes OTANI
Marcela Luísa FOLONI

**JUSTIÇA DIGITAL E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: COMPARATIVO BRASIL-
ARGENTINA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19.....1135**
Giovana Oliveira MONTANHER

**OBRA LITERÁRIA E SISTEMA JUDICIAL: CLARICE LISPECTOR E O MINISTÉRIO
PÚBLICO.....1150**
Maria Fernanda PIRES
Renato BERNARDI

PDL 89/2023: AFRONTA À CONSTITUIÇÃO E AOS DIREITOS HUMANOS.....1163
Andreia Garcia MARTIN
Emanuele Giachini BOTELHO
Juliana Izar Soares da Fonseca SEGALLA

**VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA A LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA E SUA DEVIDA RESPONSABILIDADE NO ÂMBITO PENAL.....1177**
Fernanda de Matos Lima MADRID
Maria Leticia Pegoraro de Oliveira Lima FERREIRA

CAPÍTULO V

DEMOCRACIA E TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO

**A TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO:
O PERIGO DE MANIPULAÇÃO ALGORITIMICA DA VONTADE POPULAR NO
PROCESSO CONSTITUINTE.....1201**
Julio Cesar Reccanello MAGALHÃES
Juliano Junior SILVÉRIO
Natalia Maria Ventura da Silva ALFAYA

**A FINALIDADE DA DECISÃO DO STF NO CASO DA PLATAFORMA X: ESTUDO DE
CASO SOBRE RESPONSABILIZAÇÃO DIGITAL E O DIREITO À INFORMAÇÃO....1213**

Andressa Drege GARCIA
Sérgio Tibiriçá AMARAL

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E AS CÂMARAS MUNICIPAIS.....	1231
Luiz Henrique Néia Giavina BIANCHI	

ENTRE O DIREITO INTERNO E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÉGIDE DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO.....	1250
Isadora Fernanda LATINI Vinicius Hiudy OKADA	

GARANTISMO CONSTITUCIONAL: PROJETOS LEGISLATIVOS E OS DESAFIOS DAS ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	1264
Matheus das Neves VIDAL João Pedro Gindro BRAZ	

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL NO PROCESSO PENAL: DESAFIOS E DIRETRIZES PARA A VALIDAÇÃO DA PROVA.....	1278
Elimei Paleari do Amaral CAMARGO Emanuele Giachini BOTELHO Marcos César BOTELHO	

LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS DEL MERCOSUR: APROXIMACIONES Y DESAFÍOS DESDE UNA PERSPECTIVA REGIONAL.....	1292
Favio FARINELLA Romina MANZO	

O ACESSO À JUSTIÇA.....	1314
Ana Clara Ferreira BERALDO João Victor Mendes de OLIVEIRA	

OCUPANDO A DEMOCRACIA: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 4.451/18.....	1331
João Pedro Felipe GODOI Rubens BEÇAK Vinicius Consoli Ireno FRANCO	

QUEM TEM MEDO DO POVO? A TRADIÇÃO ANTIPOPULISTA ACADÊMICA.....	1349
Matheus Conde PIRES Nayara Gallieta BORGES Rubens BEÇAK	

RESUMOS

CAPÍTULO VI

CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND ITS CHALLENGES

BRUCE ACKERMAN'S THEORY OF DUALIST DEMOCRACY AS A PERSPECTIVE FOR THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL AMENDMENT POWER.....1367

Augusto Franini dos SANTOS

CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND THE DIGITAL SPHERE: NEW PARAMETERS FOR DIGITAL CONSTITUTIONALISM?.....1370

Tayná Frota de ARAÚJO

DEFINING DEMOCRACY: HOW THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT HAS SHAPED THE CONCEPT THROUGH CONSTITUTIONALISM.....1373

Vinicius Consoli Ireno FRANCO

PDL 89/2023: EVOLUTION OR SETBACK?.....1375

Lucas de Souza GONÇALVES

Marcela Luísa FOLONI

POLITICAL GENDER VIOLENCE AS A DEMOCRATIC CONTRADICTION: CHALLENGES TO CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN CONTEMPORARY DEMOCRACIES.....1379

Laissa de Oliveira Fonseca Esteves PANSANATO

Matheus Arcoleze MARELLI

POPULIST PUNITIVISM AND THE FIGHT AGAINST CORRUPTION: THE CONSTITUTIONAL RISKS OF THE SYMBOLIC EXPANSION OF ECONOMIC CRIMINAL LAW IN BRAZIL.....1383

Lucas Pimenta ALAMPE

Otávio Augusto Mantovani SILVA

PUBLIC FINANCE AND CONTEMPORARY CONSTITUTIONS.....1386

João Alexandre de Souza MENEGASSI

THE JUDICIALIZATION OF POLITICS: THE ROLE OF THE BRAZILIAN PARLIAMENT IN THE CURRENT CRISIS OF LEGITIMACY OF THE JUDICIARY. .1389

Vitória Alvarenga PISTORE

CAPÍTULO VII

THE HUMAN RIGHTS PROTECTION OF VULNERABLE GROUPS ACCORDING TO EU EXTERNAL AND INTERNAL POLICIES

CRIMINALIZATION OF MIGRATION: HUMAN RIGHTS CONSEQUENCES IN USA AND LATIN AMERICA.....1392

Matheus Arcoleze MARELLI

Maria Clara Bianchi FIRMINO

PROVISIONAL MEASURES OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS CRIMINAL POLICY: THE CASE OF THE CURADO PRISON COMPLEX.....	1395
Lucas Pimenta ALAMPE	
Otávio Augusto Mantovani SILVA	

THE RISE OF TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME AS A THREAT TO HUMAN RIGHTS: A CASE FOR INTEGRAL GARANTISM AND EU-BRAZIL JUDICIAL COOPERATION.....	1398
Francisco Antonio Nieri MATTOSINHO	

CAPÍTULO VIII CRIMINOLOGÍA

LA RESPUESTA PENAL FRENTE AL FEMINICIDIO Y SU IMPACTO REAL EN LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES.....	1403
Jamileth Bethsaida Marzano HERMOSILLA	

CAPÍTULO I
VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA

A AUTOATRIBUIÇÃO DE ATIVIDADES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELA POLÍCIA MILITAR: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA VALIDAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO EM DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Warley Freitas de LIMA¹
Talis Prado PINTO JÚNIOR²

RESUMO

O presente artigo analisa criticamente a prática da autoatribuição de funções típicas de polícia judiciária por parte do Ministério Público e da Polícia Militar, bem como sua validação pelo Poder Judiciário, à luz dos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal e da separação de poderes. Por meio de abordagem qualitativa, com base em análise documental e jurisprudencial, examina-se o impacto dessas práticas na estrutura do sistema de justiça penal brasileiro. A pesquisa identifica tensões institucionais e distorções no modelo acusatório, evidenciadas por decisões como o Inquérito 4781 e pela expansão das funções investigativas do Ministério Público sem previsão legal expressa. Os resultados apontam para a fragilização da segurança jurídica, a diluição do controle externo e a perda de legitimidade das funções estatais. Conclui-se que a contenção da informalidade institucionalizada, a delimitação clara de competências e o fortalecimento das instâncias tradicionais de investigação são essenciais para preservar o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público, Polícia Militar, Polícia Judiciária, Sistema Acusatório, autoatribuição investigativa.

ABSTRACT

This article critically analyzes the practice of self-attribution of judicial police functions by the Public Prosecutor's Office and the Military Police, as well as its validation by the Judiciary, in light of the constitutional principles of legality, due process, and separation of powers. Using a qualitative approach based on documentary and case law analysis, the study examines the impact of these practices on the structure of the Brazilian criminal justice system. The research identifies institutional tensions and distortions in the accusatory model, illustrated by decisions such as Inquiry 4781 and the expansion of prosecutorial investigative powers without express legal provision. The findings point to a weakening of legal certainty, the erosion of external oversight, and a loss of legitimacy of state functions. It is concluded that containing institutional informality, clearly delimiting competencies, and strengthening traditional investigative bodies are essential to preserving the Democratic Rule of Law.

KEYWORDS: Public Prosecutor's Office, Military Police, Judicial Police, Adversarial System, investigative self-attribution.

INTRODUÇÃO

1 Advogado, professor universitário, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, Especialista em Direito do Estado, Mestre em Direito, e Doutor em Direito (Sistema Constitucional de Garantia de Direitos). E-mail: warley1966@uol.com.br. <https://lattes.cnpq.br/3098903030425569>. ORCID 0000-0001-8623-1771.

2 Advogado. Professor Universitário. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Membro do grupo de pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional" da UPM. Membro da Comissão Especial de Advocacia Criminal (OAB/SP). ID Lattes: 7927011782552400. ID1 ORCID: 0000-0001-5300-9242. E-mail: talisprado18@gmail.com.

A investigação criminal constitui um pilar fundamental da persecução penal e da garantia de direitos em qualquer Estado Democrático de Direito. No Brasil, o modelo pós-Constituição Federal de 1988 buscou aprimorar a apuração de infrações penais, estabelecendo competências claras para os diversos órgãos de segurança pública. Contudo, a prática tem revelado complexidades e tensões na delimitação dessas atribuições, especialmente no que tange à autoatribuição de funções investigativas por instituições que não foram constitucionalmente designadas para tal. Essa questão sensível afeta diretamente a segurança jurídica, a harmonia entre os poderes e a própria efetividade da justiça.

O presente artigo investiga e analisa criticamente, a partir de uma abordagem qualitativa de fontes primárias e secundárias, como a autoatribuição de atividades de polícia judiciária pelo Ministério Público e pela Polícia Militar, validada por decisões do Poder Judiciário notadamente as do Ministro Alexandre de Moraes, pode estar em desacordo com a Constituição Federal de 1988. O objetivo é demonstrar como essa prática, ao longo dos anos, tem comprometido os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, com foco na legalidade, na separação dos poderes e no devido processo legal. A análise se fundamenta em jurisprudência, doutrina, legislação e notícias de grande repercussão, buscando oferecer uma perspectiva abrangente sobre as implicações dessa dinâmica para o sistema de justiça brasileiro.

1. O MARCO CONSTITUCIONAL DAS FUNÇÕES POLICIAIS E INVESTIGATIVAS NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 delineia um sistema de segurança pública com atribuições específicas para cada órgão, com o objetivo de preservar a ordem pública e garantir a incolumidade das pessoas e do patrimônio (BRASIL, 1988). A clareza na delimitação dessas competências é essencial para a eficiência do sistema e para a proteção dos direitos individuais.

O artigo 144 da Constituição é o fundamento da organização da segurança pública no Brasil, atribuindo, com exclusividade, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais à Polícia Federal, no âmbito da União (art. 144, § 1º, IV), e às Polícias Civis nos estados (art. 144, § 4º). Essa prerrogativa é corroborada pelo Código de Processo Penal, cujo artigo 4º dispõe que a polícia judiciária será exercida por autoridades policiais para a apuração de infrações penais e de sua autoria (BRASIL, 1941). A Lei nº 12.830/2013 também reforça tal exclusividade.

O desenho constitucional que confere o monopólio investigativo à Polícia Judiciária (Federal e Civil) reflete uma opção consciente do constituinte de 1988 pela especialização. A utilização do termo “exclusividade” não é casual, mas revela a intenção de concentrar a atividade investigativa em corporações civis, distintas das forças militares, visando à garantia da

imparcialidade e da técnica na produção da prova penal. A polícia judiciária, ao atuar sob o controle do Judiciário e do Ministério Público, deve manter autonomia funcional e técnica na fase pré-processual, assegurando a legitimidade das investigações e a validade da cadeia de custódia da prova. Qualquer desvio dessa atribuição sem base constitucional clara ou sem controle rigoroso representa uma distorção do modelo estabelecido e pode comprometer a validade das provas produzidas. A doutrina e a jurisprudência majoritárias reconhecem essa exclusividade, com exceção apenas à Polícia Judiciária Militar nos casos de crimes estritamente militares (NUCCI, 2022).

Por outro lado, as Polícias Militares, conforme o artigo 144, § 5º, da Constituição Federal, exercem funções de polícia ostensiva e preservação da ordem pública, não lhes sendo atribuída a competência de polícia judiciária para crimes comuns. Essa delimitação não é apenas formal; trata-se de uma omissão proposital, cujo intuito é evitar a concentração indevida de funções policiais e garantir a imparcialidade na apuração dos fatos. Entretanto, a realidade brasileira revela um quadro preocupante. Em 2024, por exemplo, a Polícia Militar da Bahia registrou 1.557 mortes, refletindo uma das mais elevadas taxas de letalidade policial do país (INTERCEPT BRASIL, 2025). Os chamados “autos de resistência”, atualmente denominados “mortes decorrentes de intervenção policial”, são frequentemente arquivados sem investigação aprofundada. Dados indicam que entre 98% e 99,2% dos inquéritos dessa natureza no Rio de Janeiro foram arquivados a pedido do Ministério Público e aceitos pelo Judiciário (RESEARCHGATE, 2025), evidenciando falhas graves no controle externo e na responsabilização dos agentes públicos.

A ausência de previsão constitucional para que a PM conduza investigações criminais, somada à ineficácia investigativa em casos de letalidade policial, favorece a impunidade e perpetua a violência institucional. A imparcialidade da apuração é comprometida quando a mesma força responsável pelo fato delituoso é incumbida de seu registro e investigação. Essa prática afronta o devido processo legal e ameaça o sistema de garantias constitucionais (FERNANDES, 2022).

No que se refere ao Ministério Público, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 129, as funções da instituição, entre as quais não se encontra expressamente a de investigar. A omissão gerou intensos debates quanto à possibilidade ou não de o MP conduzir investigações criminais. O Supremo Tribunal Federal, com base na teoria dos poderes implícitos, validou essa atribuição por entender que, para exercer sua função de titular da ação penal pública (art. 129, I) e de controle externo da atividade policial (art. 129, VII), o MP necessita dispor de instrumentos investigativos próprios. Assim, foram estabelecidos parâmetros para a instauração dos Procedimentos Investigatórios Criminais (PICs), como a necessidade de comunicação ao Judiciário, observância de prazos e respeito às garantias do investigado (STF, ADI 3309; ADI 3318).

Apesar da aceitação jurisprudencial, o tema permanece controverso no meio acadêmico.

Doutrinadores como Lopes Jr. (2023) e Coutinho (2022) alertam para o risco de concentração de poder investigativo e acusatório nas mãos do Ministério Público, o que comprometeria a estrutura do processo penal acusatório. A ausência de previsão expressa no texto constitucional continua a gerar questionamentos sobre a legitimidade democrática dessa competência, apontando para a necessidade de regulamentação legislativa clara e limites rigorosos para a atuação do MP como investigador.

Portanto, a análise do marco constitucional das funções policiais e investigativas no Brasil evidencia que o modelo jurídico brasileiro foi concebido com clara divisão de competências, com o objetivo de garantir a imparcialidade, a legalidade e a proteção dos direitos fundamentais. A flexibilização dessas fronteiras institucionais, ainda que justificada por razões de eficiência, deve ser vista com cautela, sob pena de comprometer os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

2. ANÁLISE CRÍTICA DA AUTOATRIBUIÇÃO DE ATIVIDADES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

A autoatribuição de funções de polícia judiciária pelo Ministério Público e pela Polícia Militar tem sido objeto de intensa análise, especialmente à luz das decisões do Supremo Tribunal Federal.

2.1. O Poder Investigatório do Ministério Público: Alcance e Limites na Jurisprudência do STF

Ao reconhecer o poder investigatório do Ministério Público, o Supremo Tribunal Federal fixou uma série de parâmetros e requisitos para a instauração e condução dos Procedimentos Investigatórios Criminais (PICs). Esse entendimento foi consolidado por meio de julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), como as de número 2.943, 3.309, 3.318 e 3.806, as quais desempenharam papel central na delimitação das competências investigativas do parquet (STF, 2024a).

Em especial, a ADI 3.806 reafirmou a legalidade da atuação investigativa do Ministério Público em cooperação com a polícia, desde que respeitados determinados limites procedimentais. A fundamentação adotada pelo STF decorre da chamada “teoria dos poderes implícitos”, segundo a qual, para exercer com plenitude a titularidade da ação penal pública (art. 129, I) e a fiscalização da atividade policial (art. 129, VII), o MP necessita dos meios para formar sua *opinio delicti* (BRASIL, 1988; STF, 2024b).

Contudo, a própria necessidade de o STF “parametrizar” essa competência demonstra que a atribuição investigativa do Ministério Público não encontra respaldo claro no texto constitucional,

sendo construída por via hermenêutica. Diante disso, surgem dúvidas legítimas quanto à segurança jurídica e a responsabilidade dessa atuação, sobretudo se os limites fixados judicialmente não forem rigorosamente observados.

Entre os principais parâmetros estabelecidos pelo STF estão a obrigatoriedade de comunicação imediata ao Poder Judiciário, a observância dos prazos legais previstos para inquéritos policiais, a exigência de autorização judicial para prorrogações e a garantia dos direitos do investigado. A efetividade desses parâmetros é essencial para evitar que a “validação” da investigação ministerial se converta em mera formalidade, abrindo margem para excessos e arbítrios.

A seguir, apresenta-se a **Tabela 1**, com a sistematização dos principais parâmetros fixados pela jurisprudência do STF:

Parâmetro	Descrição	Fundamentação/ADIs Principais	Implicação para o Devido Processo Legal
Comunicação Imediata ao Judiciário	Obrigação de informar o juiz competente sobre o início e término dos procedimentos investigatórios, com registro e distribuição.	ADIs 2943, 3309, 3318, 3806 ¹²	Garante a supervisão judicial desde o início, prevenindo arbitrariedades e assegurando a legalidade.
Observância de Prazos e Regras	As investigações do MP devem seguir os mesmos prazos e regras dos in��ritos policiais.	ADIs 2943, 3309, 3318, 3806 ¹²	Promove a celeridade e evita a perpetuação de investigações, protegendo a liberdade e a segurança jurídica.
Autorização Judicial para Prorrogações	Prorrogações de prazo exigem autorização judicial, sendo vedadas renovações desproporcionais ou imotivadas.	ADIs 2943, 3309, 3318, 3806 ¹²	Reforça o controle judicial sobre a duração da investigação, coibindo abusos e garantindo a razoabilidade.
Distribuição de Investigações Concorrentes	Se polícia e MP investigam os mesmos fatos, os procedimentos devem ser distribuídos para o mesmo juiz.	ADIs 2943, 3309, 3318 ¹⁶	Evita a duplicidade de investigações, otimiza recursos e previne conflitos de competência.

Investigação de Agentes de Segurança	Dever de motivar a instauração de investigação em casos de suspeita de envolvimento de agentes de segurança pública ou mortes/ferimentos graves por uso de armas de fogo.	ADIs 2943, 3309, 3318 ¹²	Garante a apuração independente de condutas policiais, essencial para a <i>accountability</i> e a confiança pública.
Autonomia Pericial	Órgãos oficiais de perícias devem gozar de autonomia funcional, técnica e científica.	ADIs 2943, 3309, 3318 ¹²	Assegura a imparcialidade e a qualidade técnica das provas, fundamentais para a justiça do processo.
Respeito a Direitos e Prerrogativas	Observância dos direitos e garantias fundamentais do investigado e das prerrogativas dos advogados.	ADIs 3806, Tema 184 RG ¹²	Protege o indivíduo contra abusos e garante a paridade de armas na fase pré-processual.

Essa sistematização revela que a atuação investigativa do Ministério Público, embora admitida pelo STF, não é ampla nem irrestrita. Trata-se de uma competência excepcional, cuja legitimidade depende do cumprimento rigoroso de balizas formais e do respeito às garantias fundamentais. A institucionalização dessa atuação, sem fiscalização efetiva, pode resultar em sobreposição funcional, concentração de poderes e fragilidade no controle social sobre os atos estatais.

Nesse sentido, é fundamental que o Poder Judiciário exerça vigilância constante sobre a legalidade dos atos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público, assegurando que os limites constitucionais e legais não sejam ultrapassados. O respeito a esses parâmetros é o que mantém a atuação do parquet dentro dos marcos do Estado Democrático de Direito e evita que a exceção se converta, perigosamente, em regra.

2.2. A Atuação da Polícia Militar na Investigação Criminal: Usurpação de Função?

A atuação da Polícia Militar em funções tipicamente investigativas tem sido objeto de intensos debates jurídicos, especialmente quanto à sua competência para lavrar Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs) e à sua participação em diligências investigatórias. Embora o artigo 144, § 5º, da Constituição Federal de 1988 atribua às Polícias Militares exclusivamente as

funções de “polícia ostensiva e preservação da ordem pública”, decisões recentes do Supremo Tribunal Federal vêm flexibilizando essa fronteira funcional (BRASIL, 1988).

O STF validou a lavratura de TCOs por parte da Polícia Rodoviária Federal e, por extensão, pelas Polícias Militares, sob o fundamento de que o TCO não possuiria natureza investigativa, tratando-se de mero registro administrativo de infrações de menor potencial ofensivo. Essa interpretação está expressa nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 6.245 e 6.264 (STF, 2023). Entretanto, essa leitura tem sido duramente criticada por doutrinadores e operadores do Direito, que apontam que, na prática, o TCO substitui o inquérito policial nos delitos de menor potencial ofensivo, conforme dispõe o artigo 77, § 1º, da Lei nº 9.099/1995, o que lhe confere a natureza jurídica de ato próprio de polícia judiciária (BRASIL, 1995).

A linha que separa o mero “registro de ocorrência” da investigação preliminar é, portanto, extremamente tênue. Na prática cotidiana, especialmente em ocorrências envolvendo a própria atuação policial, a lavratura do TCO pela Polícia Militar pode configurar uma forma dissimulada de início de investigação, afetando a imparcialidade da apuração e comprometendo a cadeia de custódia da prova.

Ressalte-se que dezenove unidades federativas brasileiras já permitem a lavratura de TCOs pela Polícia Militar. Essa prática é justificada com base em critérios de economia e celeridade, como a otimização do policiamento ostensivo e a redução do número de deslocamentos a delegacias (DEFENDA PM, 2025). Contudo, a ausência de delimitação legal precisa sobre os limites dessa atuação suscita preocupações relevantes quanto à legalidade, à constitucionalidade e à separação funcional entre as polícias.

A doutrina crítica alerta para os riscos de “usurpação silenciosa” das atribuições da polícia judiciária. Como a PM é geralmente a primeira força a intervir em situações de crime, ela detém o poder de decidir sobre a preservação da cena, a coleta inicial de informações e a elaboração do relato fático – fatores que influenciam diretamente o rumo da investigação. Em ocorrências envolvendo uso da força letal, especialmente os chamados “autos de resistência”, a atuação da PM como registradora e narradora dos fatos pode comprometer a objetividade da apuração e a confiabilidade das provas (FERNANDES, 2022).

A jurisprudência dos tribunais superiores, embora reconheça a validade da lavratura de TCOs pela PM, reafirma a exclusividade da Polícia Judiciária para a investigação de crimes comuns. O Superior Tribunal de Justiça já assentou que, em casos de crimes dolosos contra a vida de civis praticados por policiais militares, a competência para investigação e julgamento é da Justiça Comum, por meio do Tribunal do Júri, e que a Polícia Civil é a responsável pela condução do inquérito (STJ, 2024).

Além disso, decisões recentes têm anulado provas obtidas em ações policiais desprovidas de controle legal, como aquelas realizadas sem mandado judicial e sem fundadas suspeitas. O STJ reconheceu a nulidade de provas obtidas sem o uso de câmeras corporais em abordagens policiais com versões contraditórias, imputando ao Ministério Público o ônus da prova nessas situações (STJ, 2024b).

Portanto, embora a lavratura de TCOs pela PM tenha sido validada pelo STF sob o argumento de ausência de natureza investigativa, o contexto normativo e prático indica o contrário. A substituição do inquérito policial pelo TCO nos crimes de menor potencial ofensivo, prevista expressamente no artigo 77, § 1º, da Lei nº 9.099/1995, reforça sua natureza jurídica de ato de polícia judiciária. Assim, a atribuição dessa função à Polícia Militar, ainda que amparada por decisões judiciais, representa uma flexibilização constitucional que pode comprometer a imparcialidade investigativa e, por consequência, o devido processo legal.

Caso/Julgado	Tribunal	Data	Questão Central	Decisão/Entendimento	Implicação para a Delimitação de Funções
Lavratura de TCOs pela PRF (ADI 6245, 6264)	STF	24/02/2023	Competência da PRF (e, por extensão, PMs) para lavrar TCOs.	Validado. TCO não tem natureza investigativa, é mero registro de ocorrência.	Amplia a atuação da PM em crimes de menor potencial ofensivo, mas sem conferir poder investigativo formal.
Crimes Dolosos contra a Vida de Civis por PMs (AgRg no RHC 122.680/PR, RE 1348775 AgR)	STJ / STF	2020 / 2022	Competência para investigar e julgar crimes dolosos contra a vida de civis praticados por PMs.	Competência do Tribunal do Júri (Justiça Comum). Investigação pela Polícia Civil.	Reafirma a exclusividade da Polícia Civil na investigação de crimes comuns, mesmo quando cometidos por

					PMs.
Nulidade de Provas por Ilegalidade Policial (REsp 1.930.315/SP)	STJ	23/05/2024	Validade de provas em abordagens policiais sem câmeras corporais diante de versões conflitantes.	Nulidade das provas. Ônus da prova recai sobre o MP na ausência de câmeras.	Reforça a necessidade de transparência e meios de prova robustos, limitando a validade de provas obtidas sem controle.
Invasão domiciliar sem Mandado (HC 598.051/SP)	STJ	2021	Legalidade de busca domiciliar sem mandado judicial ou fundada suspeita.	Ilegalidade da prova. A casa é asilo inviolável.	Impõe limites claros à atuação policial, protegendo o direito à privacidade e o devido processo legal.
Inquérito Policial Militar (IPM) e Crime Comum (Apelação Crime)	TJPR	2020	Duplicidade de inquéritos (Militar e Civil) para crimes dolosos contra a vida de civis por PMs.	A existência de IPM não impede a investigação e conclusão pela Polícia Civil.	Confirma a prevalência da competência da Polícia Civil para crimes comuns, mesmo com IPM paralelo.

Tabela 2: Jurisprudência Relevante sobre a Competência Investigativa da Polícia Militar (STF/STJ)

3. A VALIDAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO E SUAS IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A validação, pelo Poder Judiciário, da autoatribuição de funções investigativas pelo Ministério Público e pela Polícia Militar suscita relevantes implicações constitucionais. Trata-se de um fenômeno que repercute diretamente no equilíbrio entre os Poderes da República, na estrutura funcional da persecução penal e na proteção das garantias fundamentais. O Judiciário, ao admitir ou legitimar atuações investigativas que extrapolam os limites impostos pela Constituição Federal de

1988, assume um papel que extrapola sua função clássica de controle da legalidade e de guardião da Constituição (BRASIL, 1988).

A independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário é princípio estruturante do Estado brasileiro, conforme disposto no artigo 2º da Constituição Federal. Em regra, o Poder Judiciário atua de forma provocada, exercendo função de controle e de garantia de direitos individuais, coletivos e sociais. No entanto, o ativismo judicial tem ganhado centralidade no debate político-jurídico nacional. Tal ativismo caracteriza-se pela extrapolação da função interpretativa do Judiciário, assumindo o papel de legislador positivo ou criador de novas condutas jurídicas, muitas vezes sem respaldo explícito no texto constitucional (LOPES JR., 2023).

O Supremo Tribunal Federal, ao atuar de forma expansiva em determinados contextos, busca suprir omissões legislativas ou disfunções institucionais, com o objetivo declarado de garantir a efetividade da Constituição. Contudo, essa postura intervencionista nem sempre encontra consenso. Críticos argumentam que tal ativismo judicial compromete o sistema de freios e contrapesos, ao deslocar o centro de gravidade do processo político para o Judiciário, tornando-o protagonista em matérias eminentemente políticas. Nessa perspectiva, o fenômeno da judicialização da política transforma-se em judicialização da governança, colocando o STF no papel de “hegemonia constitucional” (COUTINHO, 2022).

As consequências dessa expansão funcional não são apenas simbólicas. Ao atuar para além da jurisdição provocada, o Judiciário pode, inadvertidamente, desestabilizar os próprios fundamentos democráticos que busca preservar. A imprevisibilidade decorrente de decisões baseadas em visões de mundo, mais do que em textos normativos explícitos, enfraquece a segurança jurídica e a confiança institucional. Em especial no campo da persecução penal, a concentração de competências investigativas, decisórias e normativas no mesmo órgão compromete o modelo acusatório e aproxima o sistema de um paradigma inquisitório, incompatível com o Estado de Direito (FERNANDES, 2022).

O Inquérito n.º 4.781, conhecido como Inquérito das Fake News, é exemplo emblemático dessa tensão constitucional. Iniciado de ofício pelo Presidente do STF em 2019, sem provocação do Ministério Público ou da Polícia Judiciária, o inquérito destinou-se a apurar ameaças, ofensas e desinformação contra os ministros da Corte. Designado relator, o Ministro Alexandre de Moraes concentrou funções típicas de investigação, acusação e julgamento, conduzindo pessoalmente medidas como busca e apreensão, quebras de sigilo, prisões preventivas e oitivas, além de determinar o bloqueio de perfis em redes sociais. A concentração dessas competências, por um único membro do Judiciário, é criticada por contrariar o princípio do juiz natural, o modelo acusatório e o devido processo legal (STF, 2024).

Diversos pontos levantam dúvidas quanto à legalidade e legitimidade da condução do referido inquérito: a ausência de sorteio para relatoria, o uso de fundamentos atípicos como o “estado permanente de flagrância” para justificar prisões por manifestações pretéritas, e a suposta cooperação informal com outros órgãos, como a Justiça Eleitoral, para instrução processual. Tais práticas geram insegurança jurídica e são interpretadas por setores da doutrina como um “uso criativo do Direito” (AGAMBEN, 2003), que naturaliza a exceção sob o pretexto da proteção institucional.

No caso do deputado Daniel Silveira, por exemplo, a decretação da prisão em flagrante por crime inafiançável fundamentou-se em atos de natureza discursiva, que, embora reprováveis, não preenchiam os requisitos legais para caracterização de flagrante delito, tampouco autorizavam o afastamento do devido processo legal e da imunidade parlamentar. A prisão foi mantida sob o argumento de que os efeitos do crime seriam permanentes, o que foi interpretado por muitos juristas como uma distorção teleológica das categorias penais (COUTINHO, 2022).

Além disso, o *modus operandi* do Inquérito 4.781 – instaurado, instruído e decidido no seio do próprio Supremo Tribunal Federal – rompe com a lógica adversarial do processo penal democrático. A Corte, simultaneamente vítima, investigadora e julgadora, assume uma posição incompatível com os princípios constitucionais da imparcialidade e da divisão de funções processuais. Ainda que justificado pela urgência da defesa institucional e pela gravidade das condutas investigadas, o precedente estabelecido representa risco real à separação de poderes e ao equilíbrio entre os órgãos estatais.

A ampliação do poder investigativo do Judiciário, em nome da proteção da ordem democrática, cria um terreno instável onde exceções processuais podem se consolidar como práticas permanentes. A erosão das garantias processuais não é um risco abstrato, mas uma ameaça concreta à previsibilidade normativa e à legitimidade das decisões judiciais. A segurança jurídica depende da estrita observância das competências atribuídas a cada instituição e do respeito ao devido processo legal como cláusula pétrea do ordenamento.

Dessa forma, a validação judicial das autoatribuições investigativas por parte do Ministério Público e da Polícia Militar, associada ao ativismo do Supremo Tribunal Federal em inquéritos de alto impacto político, aponta para uma flexibilização constitucional preocupante. O que se observa é a construção de uma jurisprudência de exceção, marcada pela ausência de limites formais e pela justificativa da eficiência institucional como critério normativo. Em última instância, esse cenário compromete o pacto republicano estabelecido pela Constituição de 1988 e exige uma revisão crítica dos rumos da atuação judicial no Brasil contemporâneo.

4. IMPLICAÇÕES PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A autoatribuição de atividades típicas de polícia judiciária pelo Ministério Público e pela Polícia Militar, e sua validação pelo Poder Judiciário, produzem impactos significativos na estrutura do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma inflexão na dinâmica institucional brasileira, com repercussões na legalidade, no devido processo legal, na separação dos poderes e na segurança jurídica.

4.1. Violação dos Princípios da Legalidade e do Devido Processo Legal

O princípio da legalidade, pilar do Estado de Direito, exige que toda atuação estatal esteja estritamente prevista em lei. A Constituição Federal de 1988 consagra esse princípio ao determinar, em seu artigo 5º, inciso II, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Quando o Ministério Público ou a Polícia Militar assumem funções investigativas fora dos marcos constitucionais e legais expressos, configuram-se violações diretas à legalidade (FERNANDES, 2022).

Da mesma forma, o devido processo legal garantido pelo artigo 5º, inciso LIV estabelece que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", compreendendo o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do julgador e a presunção de inocência. A flexibilização desses princípios, sob o pretexto de eficiência na persecução penal, fragiliza a estrutura constitucional. A eficiência não pode se sobrepor à legalidade, sob pena de transformar o processo penal em instrumento de exceção (LOPES JR., 2023).

Investigações conduzidas sem respeito aos parâmetros legais como a ausência de câmeras corporais na abordagem policial ou invasões de domicílio sem autorização judicial são exemplos de violações que podem gerar nulidades e comprometer a validade das provas (MENDES, 2023). Tais vícios não apenas prejudicam os réus, mas corroem a legitimidade do sistema como um todo. A atuação investigativa da Polícia Militar em casos de sua própria letalidade, por exemplo, fere o princípio da imparcialidade, minando a confiança pública no processo judicial (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2022).

O Inquérito n.º 4.781 é paradigmático nesse sentido. A concentração de funções pelo relator investigação, acusação e julgamento, associada a alegações de obtenção irregular de provas e ausência de contraditório, aponta para a ruptura das garantias processuais. A forma como foi conduzido o inquérito desafia os limites do devido processo legal e ilustra a gravidade da flexibilização das normas constitucionais.

4.2. Desequilíbrio Entre os Poderes, Opacidade Institucional e Fragilização das Garantias Democráticas

A separação de poderes é fundamento essencial do Estado Democrático de Direito. Inspirada na teoria de Montesquieu, sua função é impedir a concentração de poder e garantir que cada órgão estatal atue nos limites de sua competência. A Constituição Federal de 1988, no artigo 2º, estabelece a independência e harmonia entre os Poderes. No entanto, quando o Poder Judiciário valida, sem respaldo legal expresse, que órgãos como o Ministério Público e a Polícia Militar exerçam funções investigativas típicas da Polícia Judiciária, promove-se um deslocamento institucional que fragiliza o equilíbrio previsto constitucionalmente (COUTINHO, 2022).

Esse fenômeno se agrava na chamada judicialização da investigação, especialmente quando o próprio Judiciário assume funções investigativas, como no Inquérito 4.781. A figura do juiz que simultaneamente investiga, acusa e julga compromete o princípio do juiz natural e subverte os fundamentos do sistema acusatório. Tal configuração aproxima-se perigosamente do modelo inquisitório, no qual a separação entre as funções de acusar e julgar é inexistente, corroendo as garantias penais e a própria imparcialidade judicial (LOPES JR., 2023).

O sistema de freios e contrapesos pressupõe que cada poder controle eventuais excessos dos demais. Quando um dos poderes acumula competências típicas de outros sem controle externo efetivo, rompe-se essa lógica, dando lugar a um desequilíbrio sistêmico. A atuação expansiva do Supremo Tribunal Federal no campo investigativo tem gerado precedentes que, embora muitas vezes justificados pela defesa da democracia e das instituições, abrem espaço para um protagonismo judicial incompatível com o Estado de Direito. Esse tipo de concentração institucional pode resultar em uma disfunção crônica da harmonia entre os três poderes, especialmente quando não é contida por interpretações constitucionais rigorosas e pelo fortalecimento de mecanismos de controle (MENDES, 2023).

Além disso, esse desequilíbrio institucional impacta diretamente na transparência, na *accountability* e na segurança jurídica. A opacidade nas competências investigativas, aliada à ausência de fiscalização eficaz, compromete a legitimidade dos órgãos de segurança e do sistema de justiça. A população, sem clareza sobre quem pode investigar, com quais limites e sob que tipo de controle, tende a perder confiança nas instituições. Casos como o arquivamento em massa de autos de resistência ou a condução informal de inquéritos ilustram como a opacidade enfraquece os mecanismos de prestação de contas (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2022).

Nesse contexto, o ativismo judicial e a reinterpretção criativa de dispositivos legais sem respaldo explícito no texto constitucional ampliam a imprevisibilidade normativa. A segurança jurídica, que pressupõe previsibilidade, estabilidade e respeito às normas vigentes, torna-se

vulnerável quando decisões judiciais passam a estabelecer novas interpretações sem o necessário debate democrático ou processo legislativo. Como observa Agamben (2003), quando o estado de exceção se torna norma, as garantias fundamentais perdem sua eficácia real.

Portanto, a manutenção do Estado Democrático de Direito exige a contenção das autoatribuições institucionais, a fidelidade à legalidade estrita e o fortalecimento dos mecanismos de controle, transparência e fiscalização recíproca entre os poderes. Sem isso, corre-se o risco de que a eficiência punitiva se sobreponha aos princípios democráticos, transformando exceções jurídicas em práticas recorrentes e normalizando violações de direitos fundamentais em nome da estabilidade institucional.

5. CONFLITOS JURISPRUDENCIAIS E CASOS CONCRETOS SOBRE O CUMPRIMENTO DE MANDADOS POR AGENTES NÃO JUDICIÁRIOS

O debate acerca da legitimidade da atuação da Polícia Militar e de outros órgãos de segurança pública (como guardas civis municipais) em atividades típicas de polícia judiciária não é pacificado. O exame da jurisprudência recente revela um cenário de tensões interpretativas nos tribunais, que ora validam, ora rechaçam tais práticas, muitas vezes com base em contextos fáticos e institucionais específicos.

5.1. Casos de Validação do Cumprimento de Mandados Pela Polícia Militar

No cenário jurídico brasileiro contemporâneo, observa-se a consolidação de uma tendência jurisprudencial que reconhece a validade do cumprimento de mandados de busca e apreensão por policiais militares, ainda que tal atividade, segundo a letra expressa do artigo 144 da Constituição Federal, se insira no rol de competências exclusivas da polícia judiciária Polícia Civil e Polícia Federal.

Essa flexibilização encontra respaldo em decisões como a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no AgRg no HC 752547/SC, em que se decidiu que o cumprimento do mandado por policiais militares não configura, por si só, uma nulidade processual. A fundamentação adota a linha de que a função de polícia judiciária exclusiva da Polícia Civil e da Polícia Federal não abrange necessariamente o ato de cumprimento de mandado, que pode ser executado por outros órgãos policiais diante de determinadas circunstâncias.

“Embora não seja atividade típica da polícia militar, não consiste em ilegalidade muito menos nulidade eventual cumprimento de mandado de busca e apreensão pela instituição.” (STJ - AgRg no HC 752547/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 19/09/2022)

Do mesmo modo, o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 79374/SP

reafirma esse entendimento. A Corte Superior, mesmo reconhecendo que não é função típica da PM, considerou legítimo o cumprimento de mandado judicial por policiais militares, sobretudo em situações de crimes permanentes, como o tráfico de drogas, nas quais o flagrante se prolonga no tempo e a urgência da atuação policial é alegada como justificativa.

Essa jurisprudência, no entanto, adota um viés claramente pragmático, que prioriza a eficácia da persecução penal e a operacionalidade das forças de segurança pública, em detrimento da interpretação estrita da Constituição Federal. O argumento recorrente nas decisões é de que a atividade de polícia judiciária não equivale à atividade de execução de ordens judiciais, e que o mandado de busca, por ser um ato processual de execução, não exige necessariamente a presença de um delegado ou agente da polícia civil.

Tensionamento entre Eficácia Penal e Reserva Legal.

Apesar de pragmática, tal postura judicial provoca tensão com o princípio da legalidade estrita, que exige que todas as funções estatais estejam expressamente previstas em lei, especialmente quando envolvem restrições a direitos fundamentais, como a inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI, da CF/88). Conforme aponta Lopes Jr. (2023), no modelo acusatório consagrado pela Constituição de 1988, as funções investigativas e instrutórias são rigidamente delimitadas, e qualquer desvio institucional compromete a estrutura de freios e contrapesos do sistema penal.

“A tentativa de transformar funções residuais em competências permanentes rompe a simetria institucional e representa risco grave à separação de poderes.” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal, 2023)

Além disso, o cumprimento de mandado judicial configura uma forma de ingresso forçado em domicílio, que exige estrita legalidade e controle judicial rigoroso, especialmente em um contexto histórico de violência policial seletiva e letalidade elevada. Quando tais atos são praticados por corporações cuja atuação já é questionada sob a ótica da imparcialidade como a PM em casos de “autos de resistência” a falta de controle e a diluição das competências podem afetar não apenas a legalidade do ato, mas a confiabilidade das provas obtidas.

Do Formalismo Constitucional à *Realpolitik* Jurídica.

O problema central reside na tentativa de justificar, a posteriori, uma exceção como se fosse regra geral, o que se percebe, por exemplo, no argumento de escassez de efetivo policial civil, frequentemente utilizado para legitimar a atuação isolada da PM. Esse raciocínio, embora compreensível no plano da gestão da segurança pública, não deve ser naturalizado no plano jurídico, sob pena de institucionalizar a precariedade como parâmetro de validade constitucional. Como advertiu o TJ-SP em julgado recente: “Ao Estado, detentor do poder de punir, não é lícito

invocar sua própria debilidade para justificar ação ilegal de quaisquer de seus agentes.” (TJ-SP, Apelação Criminal 1500093-61.2023.8.26.0557, Rel. Des. Amable Lopez Soto, julgado em 23/04/2024)

Essa tensão revela uma disputa hermenêutica entre a Constituição normativa e a Constituição pragmática, em que o Judiciário, ao validar práticas por conveniência operacional, acaba por gerar uma jurisprudência “de exceção”, que não raro fragiliza garantias fundamentais em nome da eficiência repressiva.

Síntese Crítica: Uma Permissão Tácita sem Controle Formal:

Ao permitir o cumprimento de mandados por PMs sem regulamentação legislativa específica, os tribunais acabam por instituir uma permissão tácita que escapa ao controle formal e ao debate democrático. Trata-se de um campo cinzento entre a legalidade estrita e a legalidade construída por precedentes, o que pode minar o próprio conceito de função típica pedra angular da estrutura de competências estatais no Estado de Direito.

Esse cenário exige reflexão mais profunda sobre os limites do ativismo judicial em matéria penal e processual e sobre a necessidade de uma legislação clara que defina, com segurança jurídica, as condições de colaboração entre as forças de segurança na execução de mandados judiciais, sem abrir brechas para a informalidade institucionalizada.

5.2. Decisões que Rechaçam a Atuação de Agentes Não Competentes em Mandados Judiciais

Embora parte da jurisprudência admita a atuação da Polícia Militar e de guardas civis municipais no cumprimento de mandados judiciais, diversas decisões reafirmam a centralidade da legalidade estrita e da competência institucional como pilares do devido processo legal. Em especial, tribunais estaduais têm se posicionado de forma enfática contra a atuação de agentes não vinculados à Polícia Judiciária em diligências que envolvem ingresso forçado em domicílio, busca e apreensão, e prisão, justamente por entenderem que tais atos exigem estrito respeito à repartição de competências prevista na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Um caso emblemático é o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Criminal n.º 1500093-61.2023.8.26.0557. Nesta decisão, a Corte reconheceu a nulidade das provas obtidas por guardas civis municipais que cumpriram, isoladamente, mandado de busca e apreensão sem a presença de agente da Polícia Civil. O argumento da escassez de efetivo da polícia judiciária foi rejeitado, sendo considerado inadmissível como justificativa para a violação das normas constitucionais e legais.

“Ao Estado, detentor do poder de punir, não é lícito invocar sua própria debilidade para justificar ação ilegal de quaisquer de seus agentes [...]. A regularidade do cumprimento do mandado

de busca domiciliar dependeria da presença de ao menos um agente da polícia judiciária” (TJ-SP, Apelação Criminal n.º 1500093-61.2023.8.26.0557, Rel. Des. Amable Lopez Soto, julgado em 23 abr. 2024).

Além da Constituição Federal, que no artigo 144 delimita as funções específicas das forças policiais, a própria Lei Orgânica da Polícia Civil reforça essa divisão funcional. Conforme o artigo 6º, inciso I, da referida lei, compete privativamente à Polícia Civil o cumprimento de mandados de prisão e busca e apreensão. Assim, qualquer atuação que viole essa norma específica incorre em usurpação de função pública, passível de responsabilização e nulidade das provas obtidas.

A discussão também envolve o alcance do Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei nº 13.022/2014). Embora o artigo 5º dessa lei mencione a possibilidade de atuação conjunta com outros órgãos de segurança pública, a jurisprudência é clara ao delimitar que essa cooperação deve ocorrer dentro de uma estrutura de integração institucional supervisionada, não podendo ser confundida com substituição funcional. O cumprimento autônomo de mandados por guardas civis, especialmente sem supervisão de autoridade policial judiciária, é considerado ilegal.

Nesse contexto, Fernandes (2022) observa que o cumprimento de mandado judicial implica violação autorizada da esfera mais íntima do indivíduo o domicílio e, por isso, exige “estrita legalidade e respeito à competência funcional dos órgãos executores”. A realização desses atos por órgãos não competentes compromete não apenas a validade formal da prova, mas fragiliza todo o processo penal, gerando efeitos como a exclusão da prova ilícita (art. 5º, LVI, CF/88) e a ruptura da cadeia de custódia (art. 158-B, CPP).

Além dos aspectos normativos, a jurisprudência que rechaça tais atuações reforça o caráter garantista do modelo constitucional de processo penal, baseado na paridade de armas, no contraditório e na figura do juiz imparcial. Como sublinha Fernandes (2022), não é admissível que a “boa intenção” da diligência legitime a violação de competências e a obtenção de provas ilícitas. A função investigativa e a execução de ordens judiciais devem ser realizadas exclusivamente por agentes investidos da autoridade legal, sob pena de se comprometer a própria legitimidade do sistema de justiça criminal.

Essas decisões judiciais, ao reafirmarem a centralidade da legalidade estrita, do respeito às competências funcionais e da preservação das garantias constitucionais, funcionam como barreiras institucionais contra o avanço da informalidade na persecução penal. Elas também representam uma reação doutrinária e jurisprudencial à tendência de judicialização da exceção, em que a precariedade estrutural do Estado é utilizada para justificar a violação de direitos fundamentais e a expansão ilegítima de competências investigativas.

Portanto, a jurisprudência que rechaça o cumprimento de mandados por agentes não

competentes deve ser compreendida como uma reafirmação do Estado Democrático de Direito. O respeito à cadeia de custódia, à competência funcional e à legalidade não são entraves à atuação estatal, mas sim seus fundamentos. A defesa da ordem pública e da segurança não pode ocorrer à revelia da Constituição, sob pena de desvirtuar os próprios valores que se pretende proteger.

5.3. A Atuação Conjunta entre MP e PM: Efeitos Institucionais e Hermenêuticos

Embora o marco constitucional brasileiro atribua à Polícia Civil e à Polícia Federal a exclusividade da função de polícia judiciária, a realidade operacional revela práticas cooperativas institucionalizadas no cotidiano das investigações criminais, especialmente por meio de operações conjuntas entre o Ministério Público e a Polícia Militar. Casos como os registrados em Visconde do Rio Branco (MG) e Formosa (GO) ilustram essa crescente participação da Polícia Militar na execução de mandados de prisão, de busca e apreensão e na coleta de provas, sob coordenação do Ministério Público, sem a presença da Polícia Civil.

Em Minas Gerais, o MPMG divulgou em 2024 a deflagração de operação conjunta com a PM para desarticular uma organização criminosa, sendo a prisão de integrantes, apreensão de materiais ilícitos e coleta de provas documentais realizadas diretamente por equipes do MP e da PM. Em Goiás, o MPMGO informou mandados de busca e apreensão cumpridos pela PM, também sem menção à Polícia Judiciária. Tais práticas, embora eventualmente respaldadas por decisões judiciais, suscitam debate constitucional sensível quanto à função investigativa do MP e à execução de mandados pela PM.

Do ponto de vista pragmático, essas operações são justificadas pela busca de maior eficácia e capilaridade, especialmente em contextos de fragilidade estrutural da Polícia Civil. No entanto, tal protagonismo investigativo do MP, com execução pela PM, afronta a divisão funcional imposta pela Constituição. A jurisprudência do STF admite atuação investigativa direta do MP apenas em situações excepcionais, como a omissão da autoridade policial ou investigações envolvendo a própria polícia. Fora desses casos, a coordenação investigativa por parte do MP, com uso da PM como braço operacional, pode romper o equilíbrio do sistema acusatório.

A doutrina crítica alerta para o risco da consolidação de uma "zona cinzenta de legalidade", na qual a legalidade é relativizada por critérios de conveniência institucional. Jacinto Coutinho (2022) destaca que naturalizar exceções como regra desmonta, gradativamente, a arquitetura constitucional do processo penal. Trata-se da construção de um modelo paralegal de investigação, baseado em relações de poder, carências institucionais e validações judiciais posteriores, à margem do devido processo legal e da estrita legalidade.

Nesse cenário, a ausência da Polícia Judiciária nas operações compromete a cadeia de

custódia da prova, a imparcialidade e a lisura da persecução penal. Resultados operacionais positivos não podem justificar desvios funcionais. Como lembra Moraes da Rosa (2023), “a Constituição deixa de ser o ponto de partida da legalidade para se tornar um mero pano de fundo legitimador de práticas consolidadas pelo costume ou pela jurisprudência”.

Essa prática reiterada, embora formalmente residual, tende a transformar precedentes excepcionais em normas de conduta tácitas. Giorgio Agamben (2003) chama atenção para a lógica do "estado de exceção normalizado", no qual medidas extraordinárias tornam-se parte do ordenamento jurídico sem o devido debate legislativo. A atuação da PM como executora de mandados, em substituição à Polícia Judiciária, representa exatamente esse fenômeno transposto ao campo processual penal.

A jurisprudência que tolera tais práticas, ao interpretar de forma ampliativa os artigos 144 e 129 da CF/88, compromete a dogmática penal, fragiliza a previsibilidade institucional e põe em xeque os pilares do modelo acusatório. A legalidade passa a ser flexibilizada por decisões baseadas em urgência, conveniência ou pressão social.

Nesse contexto, cabe destacar o desequilíbrio orçamentário entre os órgãos. A Lei nº 18.078/2025, do Estado de São Paulo, prevê para o exercício de 2025 os seguintes orçamentos: R\$ 12 bilhões para a Polícia Militar, R\$ 6 bilhões para a Polícia Civil e R\$ 3,9 bilhões para o Ministério Público Estadual. Tal disparidade de recursos institucionais favorece o protagonismo da PM em detrimento da Polícia Civil e induz a cooptações interinstitucionais informais.

A consequência é a criação de um ambiente onde a eficiência punitiva se sobrepõe à legalidade, e a Constituição é invocada mais como retórica do que como parâmetro vinculante. Como destaca Coutinho (2022), a jurisprudência não pode servir de válvula para contornar os limites constitucionais, mas sim para garanti-los. A erosão silenciosa das competências institucionais é um risco real ao Estado de Direito e à legitimidade do processo penal democrático.

A hermenêutica constitucional, ao ser orientada apenas pela busca de eficácia repressiva, transforma o precedente em instrumento de normalização da exceção. A legalidade, neste cenário, é substituída por uma lógica de resultados. Essa tendência exige resposta crítica urgente por parte da doutrina, do legislador e do próprio Judiciário, sob pena de ruptura constitucional efetiva e irreversível.

CONCLUSÃO E RECOMENDAÇÕES

A análise crítica da autoatribuição de atividades de polícia judiciária pelo Ministério Público e pela Polícia Militar, e sua validação pelo Poder Judiciário, revela um cenário complexo e desafiador para a Constituição Federal de 1988. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha buscado

parametrizar a atuação investigativa do Ministério Público e validado a lavratura de Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs) pela Polícia Militar, as tensões institucionais persistem. Tais práticas impactam diretamente princípios estruturantes como a legalidade, a separação de poderes, o devido processo legal e o sistema acusatório. A judicialização da investigação, especialmente no contexto do Inquérito 4781, demonstra como a busca por eficiência ou autoproteção institucional pode inadvertidamente levar à concentração de funções estatais, comprometendo a segurança jurídica e a confiança pública na imparcialidade do sistema penal.

Diante deste cenário, é necessário propor recomendações que visem não apenas ao fortalecimento da estrutura estatal, mas à preservação do equilíbrio de competências entre as instituições. A primeira proposta diz respeito ao investimento estrutural robusto e contínuo nas Polícias Judiciárias (Civil e Federal). Recursos humanos qualificados, tecnologia avançada e infraestrutura adequada são elementos indispensáveis para que essas instituições exerçam, com exclusividade e eficiência, a função investigativa que lhes é conferida pela Constituição. Ao mesmo tempo, impõe-se a necessidade de revisão legislativa que clarifique, de forma inequívoca, os limites das atribuições do Ministério Público e da Polícia Militar. Essa clarificação normativa deve eliminar ambiguidades e assegurar que qualquer eventual expansão de poder investigativo esteja expressamente prevista em lei e submetida a mecanismos de controle institucional adequados.

Outro ponto fundamental é o redimensionamento da função de controle externo do Ministério Público sobre a atividade policial. O MP deve priorizar sua atuação fiscalizatória, assegurando a legalidade e a eficiência das investigações conduzidas pelas Polícias Judiciárias, reservando a condução direta de inquéritos a situações absolutamente excepcionais, conforme parâmetros fixados pelo STF. Nesse contexto, é crucial reconhecer que o controle deve ser uma via de mão dupla: do mesmo modo que o MP exerce fiscalização sobre as polícias, devem ser concebidos mecanismos legais e institucionais para controle da atuação do próprio MP no campo investigativo, configurando um verdadeiro sistema de freios e contrapesos no âmbito da segurança pública.

Adicionalmente, a implementação obrigatória de câmeras corporais em todas as forças policiais apresenta-se como uma medida inadiável de transparência, *accountability* e produção probatória confiável. Essa tecnologia contribui para mitigar abusos, reduzir confrontos de versões e assegurar a integridade da cadeia de custódia da prova penal.

Quanto ao Poder Judiciário, são recomendáveis posturas mais rigorosas no controle das investigações realizadas pelo Ministério Público, especialmente no que se refere à necessidade de autorização judicial, respeito a prazos, comunicação imediata de atos e delimitação clara das hipóteses excepcionais de atuação direta. Também se faz imprescindível uma aplicação consistente

da jurisprudência consolidada sobre a competência da Polícia Militar, reafirmando que sua atuação em crimes comuns contra civis deve se restringir ao policiamento ostensivo, não à função investigativa.

A prática da auto-restrição judicial ou judicial *self-restraint* deve ser incentivada, sobretudo diante de contextos em que o ativismo judicial possa desestabilizar o modelo acusatório e produzir concentração indevida de funções. Por fim, é essencial promover um diálogo interinstitucional permanente e robusto entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando à construção de soluções legislativas que eliminem lacunas normativas, garantam segurança jurídica e evitem o avanço de práticas que desestruturam o pacto constitucional de 1988.

A observância rigorosa do desenho institucional previsto na Texto Constitucional, bem como a atuação coordenada, vigilante e respeitosa das competências de cada órgão, são pressupostos inegociáveis para a preservação do Estado Democrático de Direito e para a efetividade de uma justiça penal comprometida com os direitos fundamentais. A construção de um sistema de segurança pública equilibrado, transparente e constitucionalmente funcional exige não apenas respeito à legalidade, mas também revisão crítica e permanente dos mecanismos de controle, para que nenhuma instituição atue acima ou fora da moldura imposta pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação conduzida por delegado de polícia.

BRASIL. Lei nº 13.022, de 8 de agosto de 2014. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2943/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 07/10/2004. Diário da Justiça, Brasília, DF, 28 out. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3309/DF. Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 19/04/2006. Diário da Justiça, Brasília, DF, 04 maio 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3318/DF. Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 19/04/2006. Diário da Justiça, Brasília, DF, 04 maio 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3806/DF. Relator: Min. Menezes Direito, julgado em 13/08/2008. Diário da Justiça, Brasília, DF, 25 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/39696787>. Acesso em: 3 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no HC 752547/SC. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4781/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes, julgado em andamento desde 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 5 jul. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal 1500093-61.2023.8.26.0557. Rel. Des. Amable Lopez Soto, julgado em 23 abr. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Constituição Federal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=202143&filename=LegislacaoCitada%20PEC%20248/2004. Acesso em: 3 jul. 2025.

POLÍCIA JUDICIÁRIA. Legislação. Disponível em: <https://www.policiajudiciaria.pt/legislacao/>. Acesso em: 3 jul. 2025.

SÃO PAULO (Estado). Lei Complementar nº 207, de 5 de janeiro de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 6 jan. 1979.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1500093-61.2023.8.26.0557, Rel. Des. Amable Lopez Soto, julgado em 23 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de jurisprudência - STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur157763/false>. Acesso em: 3 jul. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. A Constitucionalidade da Polícia Judicial. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/a-constitucionalidade-da-policia-judicial>. Acesso em: 3 jul. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Jurisprudência - TJPR. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000009983191/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0025789->. Acesso em: 3 jul. 2025.

SECUNDÁRIAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2003.

AGÊNCIA BRASIL. TJ-SP decide que Estado não pode alegar falta de efetivo para justificar ação ilegal. Agência Brasil, São Paulo, 23 abr. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br>. Acesso em: 8 jul. 2025.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Manual de Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2024/atividade_policial-v4-10out.pdf. Acesso em: 3 jul. 2025.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Processo penal e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

COUTINHO, Jorge Rubem Folea de. Separação dos poderes e crise democrática no Brasil: entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

FERNANDES, Antônio Scarance. Curso de processo penal. 22. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FERNANDES, Antônio Scarance. Curso de processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

GALÍCIA EDUCAÇÃO. Investigação Criminal no Brasil: Competências e Limitações. Disponível em: <https://www.galiciaeducacao.com.br/blog/investigacao-criminal-no-brasil-competencias-e-limitacoes/>. Acesso em: 3 jul. 2025.

INSTITUTO CÁTEDRA. A Polícia Judiciária na Legislação e sua Principal Função Constitucional. Disponível em: <https://idcatedra.com.br/2021/08/a-policia-judiciaria-na-legislacao-e-sua-principal-funcao-constitucional/>. Acesso em: 3 jul. 2025.

INSTITUTO SOU DA PAZ. Autos de resistência: uma análise dos dados e das práticas investigativas no Brasil. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2022. Disponível em: <https://www.soudapaz.org>. Acesso em: 5 jul. 2025.

INTERCEPT BRASIL. Comandada pelo PT, Polícia Militar da Bahia é a que mais mata no Brasil. 2025.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MODELO INICIAL. Artigo 144 - Constituição Federal / 1988. Disponível em: <https://modeloinicial.com.br/lei/CF/constituicao-federal/art-144>. Acesso em: 3 jul. 2025.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 18. ed. São Paulo: Forense, 2022.

RESEARCHGATE. Auto de resistência: uma análise jurídico-terminológica. 2025.

A RACIONALIDADE FRUSTRADA: ANÁLISE ECONÔMICA DO “CÁLCULO DO PRIVILÉGIO” NO TRÁFICO DE DROGAS E SUAS IMPLICAÇÕES DE GÊNERO NO BRASIL

Anderson Luiz Lima ROCHA¹
Gustavo de Souza PREUSSLER²

RESUMO

O artigo analisa o fenômeno do tráfico de drogas no Brasil sob a perspectiva da Teoria Econômica do Crime de Gary Becker, mais especificamente com o objetivo de investigar como a figura jurídica do tráfico privilegiado e a prisão domiciliar para mulheres com filhos influenciam a análise de custo-benefício do agente criminoso. A hipótese foi aventada a partir da experiência dos autores na advocacia criminal na região de fronteira com o Paraguai, através de observações em depoimentos pessoais informais. Contudo observou-se que a premissa teórica de que tais institutos reduziram o “custo” da punição não se alinha com a realidade prática evidenciada por dados oficiais que apontam uma aplicação inconsistente e reduzida dos benefícios. A pesquisa utiliza uma abordagem teórico-analítica, com base em dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e estudos acadêmicos sobre as justificativas morais e ordens sociais híbridas que sustentam o mercado ilícito. Através de uma análise quantitativa demonstra que, embora muitos infratores primários ingressem no sistema, a probabilidade de obter os privilégios e benesses é muito baixa. Conclui-se que a percepção de risco é mitigada na aplicação prática jurisprudencial, demandando políticas públicas que elevem o custo de oportunidade do crime através de melhorias socioeconômicas.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Econômica do Crime. Tráfico Privilegiado. Política Criminal. Análise Custo-Benefício. Gênero. Racionalidade Limitada.

ABSTRACT

This article analyzes the phenomenon of drug trafficking in Brazil from the perspective of Gary Becker's Economic Theory of Crime, with the specific objective of investigating how the legal provision of 'privileged trafficking' and house arrest for women with children influence the criminal agent's cost-benefit analysis. The hypothesis was prompted by the author's experience practicing criminal law in the border region with Paraguay, through observations from informal personal accounts. However, it was noted that the theoretical premise that such provisions would reduce the 'cost' of punishment does not align with the practical reality, which is evidenced by official data pointing to an inconsistent and limited application of these benefits. The research uses a theoretical-analytical approach, based on data from the National Council of Justice (CNJ) and academic studies on the moral justifications and hybrid social orders that sustain the illicit market. Through a quantitative analysis, it demonstrates that although many first-time offenders enter the system, the probability of obtaining these privileges and benefits is very low. The conclusion is that the perception of risk is mitigated by its practical judicial application, demanding public policies that raise the opportunity cost of crime through socioeconomic improvements.

KEYWORDS: Economic Theory of Crime. Privileged Trafficking. Criminal Policy. Cost-Benefit Analysis. Gender. Bounded Rationality.

1 INTRODUÇÃO

1 Pós-Graduado em Prática Processual Penal – EMD Universidade Federal da Grande Dourados: anderllr@gmail.com OrcidID: 0009-0008-8749-8492

2 Doutor em Direito – UERJ Universidade Federal da Grande Dourados E-mail: gustavopreussler@ufgd.edu.br OrcidID: 0000-0003-0749-5715

O Brasil tem enfrentado um persistente e crescente desafio no que tange ao encarceramento em massa, em grande parte impulsionado por crimes relacionados à Lei 11.343/2006, a chamada “Lei de drogas” (Brasil, 2006), que, ao contexto da época de sua promulgação, veio com a expectativa de diferenciar traficantes de usuários e, assim, incidir sobre a dinâmica do sistema prisional, a legislação gerou uma espécie de paradoxo.

Uma espécie de dicotomia fora gerada pois, ao mesmo tempo em que despenalizou o porte para uso pessoal, retirando a pena de prisão para essa conduta, aumentou a pena mínima do tráfico de 3 para 5 anos, endurecendo o tratamento penal para os condenados por essa prática (Gazzone, 2022, p. 40).

Assim, desde o início de sua implementação, o número de pessoas presas por tráfico e associação para o tráfico cresceu exponencialmente e, tal informação é consolidada e demonstrada através de dados reais como por exemplo os que advém do recente estudo do Conselho Nacional de Justiça, e que, por sua vez, se apoiou no Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN) apontando que o contingente de pessoas presas por tráfico saltou de 47 mil em dezembro de 2006 para 193 mil em dezembro de 2023, um aumento de 311% em 17 anos (CNJ, 2025, p. 5).

É evidente que este cenário impactou diretamente o sistema penal, contribuindo para a superlotação, a violência e o fortalecimento de organizações criminosas, com um impacto particularmente acentuado sobre a população feminina, a título de exemplo, em 2023, quase 40% das mulheres encarceradas respondiam por crimes relacionados a drogas (CNJ, 2025, p. 10).

À primeira vista, em uma observação desatenta, pode parecer um número baixo, mas levando em consideração a imensa quantidade de tipos penais (formas de crimes) existentes, o fato de um único delito ocupar quase metade das estatísticas de encarceramento é extremamente relevante.

Nessa direção, para mitigar os efeitos desse recrudescimento penal, a própria legislação instituiu a figura do “tráfico privilegiado” em seu artigo 33, § 4º, um mecanismo jurídico-normativo que permite uma redução de pena de 1/6 a 2/3 para agentes que preencham simultaneamente quatro requisitos: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa (Brasil, 2006).

Tal previsão pode resultar em penas inferiores ao mínimo legal e, conforme a Súmula Vinculante nº 59 do Supremo Tribunal Federal, impõe a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CNJ, 2025, p. 8).

Diante deste quadro, surge um problema de pesquisa fundamental: como a existência teórica do tráfico privilegiado e de outras benesses legais, como a prisão domiciliar para mulheres com filhos, dialoga com sua aplicação prática e de que forma essa dinâmica influencia a escolha

economicamente racional pelo crime?

Tal argumentação partiu inicialmente da experiência dos autores na atuação na advocacia criminal na fronteira, diante do enfrentamento de tantos casos, era extremamente comum nas oitivas informais com os clientes a citação automática das benesses do privilégio ou, no caso de mulheres a indagação a respeito da possibilidade da concessão de liberdade provisória na audiência de custódia em razão de terem filhos menores de 12 anos.

Buscou-se entender neste artigo se tal referência aos institutos, mesmo sem conhecimento amplo de direito penal, estaria relacionado a uma possível validação do custo trazido pelo risco, e assim, este artigo objetiva analisar o crime de tráfico de drogas para os agentes primários à luz da Teoria Econômica do Crime, trazendo como hipótese central que, embora a possibilidade de benefícios legais possa reduzir o “custo” percebido da punição.

A incerteza de sua aplicação constitui um fator de risco crucial na análise do agente e, para as mulheres, contudo, a prisão domiciliar representa um redutor de custo mais previsível, alterando sua equação de risco de forma particular sendo que, a justificativa para este estudo reside na necessidade de compreender as dinâmicas que alimentam o encarceramento em massa e de formular políticas públicas baseadas em evidências, superando uma abordagem puramente repressiva.

2 A RACIONALIDADE NA ESCOLHA PELO CRIME

2.1 A Teoria Econômica do Crime de Gary Becker

A aplicação de princípios econômicos ao estudo da criminalidade foi sistematizada por Gary Becker (1974) em seu seminal artigo “*Crime and Punishment: An Economic Approach*”. A premissa central de Becker é que os criminosos não são fundamentalmente diferentes das demais pessoas em suas motivações, como deveria, em tese, se esperar, mas sim são agentes racionais que buscam maximizar sua utilidade.

Nesse sentido, segundo Becker (1968, p. 10), a decisão de cometer um crime, portanto, é resultado de uma análise de custo-benefício, ou seja, através de um juízo de ponderação, o indivíduo optará pela atividade ilícita se a utilidade esperada desta superar a que obteria em atividades lícitas.

Becker formalizou essa escolha na função (Becker, 1968, p. 12):

$$O_j = O(p_j, f_j, u_j)$$

Em que:

O_j é o número de crimes que um indivíduo cometeria;

p_j é a probabilidade de ser capturado e condenado;

f_j é a severidade da punição (o “preço” ou “custo” do crime);

u_j representaria um conjunto de outras variáveis, como o ganho esperado da atividade ilegal, o custo de oportunidade (renda de atividades legais), e fatores morais e éticos.

Nesse modelo, um aumento na probabilidade de punição (p) ou na severidade da pena (f) eleva o custo esperado do crime, desincentivando sua prática e, assim, inversamente, um aumento nos ganhos potenciais da atividade ilícita ou uma diminuição nas oportunidades do mercado de trabalho legal (reduzindo o custo de oportunidade) tornam o crime uma opção mais atrativa.

A abordagem econômica da criminalidade, proposta por Gary Becker, trata a decisão de cometer um crime como uma escolha racional baseada no custo esperado, que aumenta com a probabilidade de condenação (p) ou com a severidade da pena (f), desincentivando a prática delituosa (BECKER, 1974, p. 10).

A teoria se aprofunda, ainda, ao considerar a atitude do indivíduo perante o risco, concluindo que agentes propensos ao risco (*risk preferrers*) são mais sensíveis a mudanças na probabilidade de captura, enquanto agentes avessos ao risco (*risk avoiders*) são mais dissuadidos pela severidade da punição (BECKER, 1974, p. 11).

É muito importante destacar que essa distinção é crucial, pois a política criminal, ao definir os níveis de (p) e (f), pode influenciar se, na margem, “o crime compensa”, e assim na seara que está propondo o presente artigo, o próprio criador da teoria, lá em 1974, já sinalizada que dentre as penalizações vigentes, os delitos menos severos, dentre tantas formas traziam amenidades:

A humanidade inventou uma variedade de punições engenhosas para infligir aos infratores condenados: morte, tortura, marcação a ferro, multas, prisão, banimento, restrições de movimento e de ocupação, e a perda da cidadania são apenas as mais comuns. Nos Estados Unidos, as infrações menos graves são punidas principalmente com multas, complementadas ocasionalmente por liberdade vigiada, restrições menores como a suspensão temporária da carteira de motorista, e prisão. (Becker, 1974, p. 12).

Como já observado a legislação brasileira do mesmo modo impõe medidas menos gravosas ao agente que além de primário preencha alguns requisitos de cunho subjetivo a fim de amenizar a pena.

2.2 O Tráfico de Drogas Como Crime Econômico no Contexto Brasileiro

O tráfico de drogas é classicamente enquadrado como um crime econômico, pois sua principal motivação é o lucro (Gazzone, 2022, p. 29), de modo que a literatura acadêmica brasileira tem aplicado o referencial de Becker para analisar este fenômeno, confirmando que a percepção de “ganho fácil” e os “altos lucros” são os principais fatores que levam os indivíduos a ingressarem na

traficância (Shikida et al., 2019, p. 53).

A visão de que o tráfico de drogas é uma escolha racional-econômica é corroborada por estudos de caso com detentos no Brasil, como por exemplo, uma pesquisa que fora conduzida no Paraná e no Rio Grande do Sul e, que revelou que a percepção dos traficantes sobre a relação custo-benefício é extremamente positiva, indicando um retorno econômico que, em média, dobra o custo da atividade criminosa (Shikida et al., 2019, p. 54).

A preponderância de fatores financeiros também foi evidenciada, com motivações como “dificuldade financeira” ou a finalidade de “ajudar no orçamento” sendo apontadas como a principal razão para o crime em quase metade (48,4%) dos casos analisados (SHIKIDA et al., 2019, p. 53).

Essa percepção de alta rentabilidade é reforçada pelos altos preços praticados no mercado ilícito de drogas, que contrastam com as baixas remunerações do mercado de trabalho formal (Gazzone, 2022, p. 29), especialmente para indivíduos com baixa escolaridade, perfil predominante na população carcerária por este delito (Shikida et al., 2019, p. 51).

Nessa direção, o custo de oportunidade, portanto, é uma variável fundamental na análise econômica do crime (Becker, 1974, p. 10), pois em se tratando de um cenário de alto desemprego ou de trabalho precarizado, o “salário” perdido ao optar pelo crime é baixo, o que diminui um dos principais custos na equação de Becker e eleva o retorno relativo da atividade ilegal (Gazzone, 2022, p. 23).

Para indivíduos que já se encontram em situação de vulnerabilidade socioeconômica, o retorno financeiro do tráfico, mesmo que arriscado, pode parecer uma alternativa mais racional do que a permanência em um mercado de trabalho legal, até porque, quando o mercado formal não oferece perspectivas de ascensão social ou sequer de sustento, o crime se apresenta, ainda que pequeno, mais atraente do que uma renda inexistente ou insuficiente (GAZZONE, 2022, p. 23).

Essa decisão passa a ser reforçada por uma justificativa moral, onde a ilegalidade se torna um caminho legítimo para alcançar a dignidade e uma “vida que valha a pena ser vivida”, metas que o sistema legal falha em prover (Moriconi; Peris, 2024, p. 3), e o mais interessante disso tudo é que:

A escolha de perpetuar o cultivo de maconha não tem a ver com uma preferência pela ilegalidade, mas sim com um processo de deslegitimação do que é legal, incluindo o trabalho formal-legal. Os camponeses estão cientes desse colapso da legalidade como um imperativo categórico e percebem um grande deslocamento entre o que o Estado propõe como vida digna e a sua realidade. [...] Se eles (os governantes do Estado) mentem para nós o tempo todo, é porque acreditam que com uma educação primária ou um emprego de pedreiro nossos filhos se sairão melhor. No ecossistema local, seguir e respeitar as regras torna-se um obstáculo para se ter uma vida decente que valha a pena ser vivida. Para os camponeses, isso não é um dilema sobre escolher um caminho legal ou ilegal, mas uma decisão entre fracassar e não fracassar. [...] Muitos retornam mais tarde e descobrem que há mais

dignidade nisto do que em seguir os caminhos legais. A decisão de se afastar da legalidade não está relacionada à preferência pela ilegalidade e pelo crime, mas sim à certeza de que o caminho da lei (e do trabalho formal) é um obstáculo para se obter uma vida decente. (Moriconi; Peris, 2024, p. 21-22).(tradução nossa).

Assim, a Teoria Econômica do Crime oferece um arcabouço robusto para analisar como as políticas públicas e as estruturas legais podem influenciar os “cálculos” dos potenciais criminosos e, conseqüentemente, as taxas de criminalidade.

2.3 O Colapso da Legalidade e as Justificativas Morais

A análise de Becker, embora centrada no cálculo individual, não ocorre no vácuo, isso porque, o ambiente social e institucional molda profundamente as variáveis da equação que ele delineou, Moriconi e Peris (2024), em seus estudos recentes sobre a produção de drogas no Paraguai, principal fornecedor de maconha para o Brasil, oferecem uma lente crucial para entender o contexto em que a escolha pelo crime é feita:

Embora existam práticas violentas e extorsão, nós argumentamos que o processo de tomada de decisão que leva ao envolvimento em mercados ilegais é uma ação livre, influenciada por entendimentos morais alternativos que fornecem razões e justificativas para violar a lei. (Moriconi; Peris, 2024, p. 2). (tradução nossa).

Os autores ainda descrevem a existência de “ordens sociais híbridas”, onde atores estatais e criminosos não são antagonistas, mas coexistem e cooperam para criar estabilidade social e gerar resultados (emprego, segurança, resolução de conflitos) que o Estado formal não consegue prover.

Nesse contexto, ocorre o que os autores chamam de “colapso da legalidade” como um imperativo categórico (Moriconi; Peris, 2024, p. 4), que é algo tipo quando o Estado e suas leis falham em garantir uma vida minimamente digna e, assim, a ilegalidade pode se tornar uma alternativa moralmente justificável e socialmente legitimada (Moriconi; Peris, 2024, p. 2).

A escolha de camponeses paraguaios pelo cultivo de cannabis, por exemplo, não é vista apenas como uma decisão econômica, mas como uma ação livre e justificada pela necessidade de sobrevivência e pela busca de dignidade, especialmente após serem excluídos do mercado legal pela expansão do agronegócio da soja (Moriconi; Peris, 2024, p. 8).

Essa perspectiva é fundamental, pois demonstra que as variáveis no cálculo de Becker, especialmente o custo de oportunidade e os freios morais, são socialmente construídas a partir de uma suposta necessidade social, que se amolda com as evidências em relação à busca de integração e garantia de uma espécie de mínimo existencial, que se demonstra claramente quando se extrai dos artigos e pesquisas até aqui analisados.

3 O TRÁFICO PRIVILEGIADO E A INCERTEZA NO CÁLCULO RACIONAL

3.1 A Previsão Legal Como Fator Redutor do Custo Percebido da Punição

A introdução do tráfico privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro representa uma alteração teórica direta na variável f (severidade da punição) do modelo de Becker, pois para um indivíduo que preenche os requisitos legais, a pena esperada deixa de ser o patamar de 5 a 15 anos de reclusão delimitado pelo caput do art. 33 da Lei de Drogas (Brasil, 2006).

Isso porque a referida Lei traz, no mesmo artigo 33, contudo no § 4º, uma causa de diminuição de pena, conhecida como “Tráfico Privilegiado”, e, com a aplicação da diminuição, a pena pode ser fixada em até 1 ano e 8 meses, viabilizando o regime aberto e a substituição por penas restritivas de direitos.

Na doutrina e na legislação brasileira, o “tráfico privilegiado” não é um tipo penal autônomo, mas sim uma causa de diminuição de pena e, sua finalidade é dar um tratamento penal mais brando e proporcional ao agente que não possui histórico criminal significativo, sendo uma medida que visa considerar as circunstâncias individuais do acusado na aplicação da pena (CNJ, 2025, p. 8).

A aplicação desta minorante resultou em um dos mais importantes debates jurídicos sobre o tema: se ela afastaria ou não a natureza hedionda do crime de tráfico, e assim a questão foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao reconhecer o privilégio, passou a determinar a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CNJ, 2025, p. 8).

Isso significa que, para o “iniciante” no tráfico, o custo real da punição pode não ser o encarceramento em regime fechado e assim, o impacto na duração da pena é expressivo: a média de dias de pena para condenados por tráfico privilegiado é de 1.311, enquanto para os demais condenados por tráfico é de 2.145, uma redução de quase 40% (CNJ, 2025, p. 22).

Essa diminuição substancial no “preço” do crime reduz, teoricamente, o principal fator de dissuasão da norma penal, uma vez que a escolha pelo delito é influenciada pela severidade da punição (Becker, 1974, p. 10).

A hipótese de que essa redução incentiva a entrada na traficância é reforçada pela observação de uma grande quantidade de infratores primários no sistema, 157.059 pessoas em execução penal possuem apenas uma condenação por tráfico, o que sugere que a aposta em uma sanção mais branda é feita com frequência (CNJ, 2025, p. 25).

A indicação dessa vasta população de agentes primários nos leva a, inevitavelmente, presumir que mesmo que não de forma científica, como nos propõe o método de Becker, mas usando um modelo empírico de observação, que, essas pessoas entraram no crime fazendo esse

cálculo de baixo risco.

3.2 A Racionalidade Frustrada: Calculando a Discrepância Entre a Expectativa e Realidade

Embora a existência do tráfico privilegiado represente uma redução teórica do custo da punição, dados práticos demonstram que sua aplicação não é uma certeza, introduzindo um elemento de risco e incerteza na equação do agente racional, isso porque, a hipótese de que a aposta no privilégio se concretiza na prática não se coaduna com os dados revelados na pesquisa do CNJ.

Cálculo da Taxa de Sucesso (desenvolvimento pelo autor com base nas fórmulas citadas de Becker):

Dos 157.059 indivíduos com apenas uma condenação por tráfico, os dados do SEEU revelam que somente 47.480 tiveram o tráfico privilegiado reconhecido sendo que, os outros 109.579 indivíduos, mesmo sendo primários no sistema de execução, não receberam o benefício.

O cálculo da “taxa de sucesso” para um infrator primário pode ser, portanto:

$$\text{Taxa de Sucesso} = \frac{\text{Primários com Privilégio}}{\text{Total de Primários}} = \frac{47.480}{157.059} \approx 30,2 \%$$

Isso significa que a probabilidade de um infrator primário, ao ser condenado, efetivamente receber a “pena branda” que esperava é de apenas 30,2%, isso sem considerar as desproporções regionais, pois a pesquisa revela disparidades na aplicação a depender da região e tribunal, e assim, inversamente, a chance de sua aposta ser frustrada e ele receber a pena padrão do tráfico é de 69,8%.

Cálculo do Custo Esperado (Punição Média Real):

A punição esperada $E(f)$ para um infrator primário não é a pena do privilégio, mas sim uma média ponderada entre as duas penas possíveis:

Pena Média com Privilégio: 1.311 dias;

Pena Média sem Privilégio: 2.145 dias.

O cálculo da punição esperada é:

$$E(f) = (0,302 \times 1.311 \text{ dias}) + (0,698 \times 2.145 \text{ dias}) \quad E(f) \approx 396 \text{ dias} + 1.497 \text{ dias} = 1.893 \text{ dias}$$

Análise do Cálculo:

O resultado é revelador, pois, o infrator primário, atraído pela possibilidade de uma pena de 1.311 dias, na verdade enfrenta um custo esperado de 1.893 dias, de modo que isso representa um “custo real” estatístico 44% maior do que o custo otimista que provavelmente informou sua decisão, ou seja, a aposta no privilégio, embora feita por muitos, revela-se estatisticamente desvantajosa e consequentemente, a racionalidade do agente é, portanto, “frustrada” pela realidade da aplicação judicial.

A baixa aplicação do privilégio introduz um elevado grau de risco e incerteza no cálculo do agente racional, pois a discrepância entre a expectativa e a realidade decorre da subjetividade dos critérios legais. Enquanto a primariedade é objetiva, os requisitos de “não se dedicar a atividades criminosas” e “não integrar organização criminosa” são de difícil comprovação e abrem ampla margem para a discricionariedade judicial:

De acordo com pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) a partir de amostra nacional de processos judiciais de tráfico de drogas do ano de 2019 (Medeiros e Soares, 2023), a principal razão para o afastamento do tráfico privilegiado pelos juízes é o fundamento “relativamente vago” de que o réu se dedica a atividades criminosas, com 47,6% das decisões. A seguir aparecem o fato de o réu não ser primário (29,3% dos casos), maus antecedentes (17,1%) e a conclusão de que o réu integra organização criminosa (13,8%). Há também 7,7% dos casos em que não há informações sobre essa decisão. (Medeiros; Soares, 2023 apud CNJ, 2025, p. 26).

Ou seja, a detida análise de casos judiciais e as justificativas em praticamente todas as instâncias demonstra o elevado grau de subjetividade utilizado pelos juízes para decretar, muitas vezes sem provas, que o réu vive do crime e de igual modo se dedica de forma reiterada, mesmo sendo primário surge a expressão de forma comum pela integração de organização criminosa:

De acordo com pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) a partir de amostra nacional de processos judiciais de tráfico de drogas do ano de 2019 (Medeiros e Soares, 2023), a principal razão para o afastamento do tráfico privilegiado pelos juízes é o fundamento “relativamente vago” de que o réu se dedica a atividades criminosas, com 47,6% das decisões. A seguir aparecem o fato de o réu não ser primário (29,3% dos casos), maus antecedentes (17,1%) e a conclusão de que o réu integra organização criminosa (13,8%). Há também 7,7% dos casos em que não há informações sobre essa decisão. (Medeiros; Soares, 2023 apud CNJ, 2025, p. 26).

Tal situação é extremamente combatida, seja pelas defesas criminais, quanto pelas próprias cortes superiores, que de forma recorrente “chamam a atenção” dos julgadores das instâncias inferiores, mas o que se vê nos números é que não há efeito prático na formação de convicção dos magistrados de 1º e 2º graus:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO DEMONSTRADA. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO PREPONDERANTE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGA. MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. 1. Para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, não bastando ilações e/ou suposições sem suporte fático válido. 2. A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, entendeu, alinhando-se ao STF, que a natureza e quantidade da droga são fatores a serem considerados necessariamente na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, constituindo-se em circunstância preponderante a ser utilizada na primeira fase da dosimetria da pena. 3. Embora a quantidade e a natureza do entorpecente permitam a modulação da fração de redução de pena, tendo tais elementos sido valorados para aumentar a pena-base, afigura-se imprópria a utilização concomitante para alterar o patamar estabelecido pela causa de diminuição, sob pena de bis in idem. 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 2262790 SP 2022/0384710-0, Relator.: Ministro JESUÍNO

A decisão destacada é o retrato do que vem sendo debatido, ao citar que “é preciso elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, não bastando ilações e/ou suposições sem suporte fático válido”, o Superior Tribunal de Justiça envia um recado claro de que se faz necessário contexto probatório para respaldar a negativa do privilégio.

Contudo a contrassenso do esperado a forma de decidir se perpetua no tempo e na direção da vida das pessoas que são julgadas e tem suas liberdades cerceadas e seus direitos suprimidos, eis que, a discrepância entre a expectativa e a realidade decorre da subjetividade dos critérios legais.

Enquanto a primariedade é objetiva, os requisitos de “não se dedicar a atividades criminosas” e “não integrar organização criminosa” são de difícil comprovação e abrem ampla margem para essa discricionariedade judicial (Gazzone, 2022, p. 71).

3.3 A Dimensão de Gênero e a Prisão Domiciliar

A lei pátria nos traz ainda outros institutos aptos a amenizar os impactos da restrição de liberdade, um que comumente é bastante destacado quando se trata principalmente da mulher envolvida no crime é o da prisão domiciliar para a gestante e a mulher com de filho menor de 12 anos (Brasil, 1941):

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
[...]
III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
IV - gestante;
V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos [...].

E assim a análise de risco se altera novamente com o recorte de gênero pois, o encarceramento por crimes de drogas afeta desproporcionalmente as mulheres: 39,6% da população carcerária feminina responde por esses crimes, contra 24,9% da masculina (CNJ, 2025, p. 10).

Contudo, as mulheres cumprem pena em celas físicas em proporção menor que os homens, com maior incidência de prisão domiciliar:

Entretanto, em relação ao local de cumprimento da pena relativa a crimes de drogas, vemos que as pessoas presas do sexo feminino cumprem a pena em celas físicas em proporção menor do que as do sexo masculino, predominando, entre as mulheres, as prisões domiciliares com ou sem monitoração eletrônica, como vemos no gráfico abaixo. Este fato pode estar relacionado à aplicação do Art. 318 do CPP, que prevê a substituição da prisão preventiva pela domiciliar e regime aberto para mulheres gestantes e/ou com filho de até 12 anos de idade incompletos. (CNJ, 2025, p. 11).

Do mesmo modo a pesquisa destaca a questão cultural intrínseca da sociedade traz uma suposição fática e facilitada para a aplicação ainda da “benesse” do cuidado de pessoa menor de 6

anos ou com deficiência, em razão da simples condição de ser mulher:

Apesar da legislação não prever distinção por sexo para a substituição nos casos em que a pessoa privada de liberdade seja imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, mais mulheres podem obter a substituição pela prisão domiciliar em decorrência da construção social que lhes atribui maior responsabilidade pelo trabalho doméstico, reprodutivo e de cuidado. (CNJ, 2025, p. 11).

A observação desses dados nos leva à conclusão de que, para uma mulher com filhos, a análise de custo-benefício se torna particular pois, o “custo” da punição (*f*) pode não ser sequer a pena em regime aberto, mas sim o cumprimento da pena em sua própria residência e, embora a prisão domiciliar imponha restrições, seu custo percebido é incomparavelmente menor que o do encarceramento.

Assim, diferentemente da aplicação incerta do tráfico privilegiado, a concessão de prisão domiciliar para mães é um benefício com maior previsibilidade jurídica, obviamente não de forma absoluta, a exemplo o caso abaixo decidido no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. TESE AFASTADA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INAPLICÁVEIS AO CASO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. PACIENTE COM FILHO MENOR DE 12 ANOS. NÃO CABIMENTO. ORDEM DENEGADA. 1. O decreto de prisão preventiva é medida excepcional que somente se justifica diante da presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, demonstrados por dados concretos extraídos dos autos e quando impossível a aplicação das medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. 2. Condições subjetivas favoráveis à paciente, por si sós, não impedem o decreto de prisão cautelar, caso se verifique a existência de outros requisitos que autorizem a segregação. 3. Não se mostra recomendável a substituição da prisão preventiva por domiciliar, pois não demonstrada a imprescindibilidade aos cuidados do filho. Ordem denegada, mantendo-se a segregação cautelar. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

(TJ-MS - Habeas Corpus Criminal: 1411313-89.2025.8.12.0000 Campo Grande-MS, Relator.: Des. José Ale Ahmad Neto, Data de Julgamento: 30/07/2025, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 31/07/2025)

Apesar da lei, em tese, não demonstrar a necessidade de se verificar imprescindibilidade aos cuidados do filho menor de 12, muitas vezes as decisões vem dessa forma extrapolando os ditames legais, mas é importante destacar que a grande maioria nesse caso é pela concessão e isso sim, pode tornar a opção pelo tráfico, muitas vezes como uma forma de prover o sustento da família em um contexto de vulnerabilidade, uma escolha economicamente “racional” para este grupo específico.

4 CONCLUSÕES E IMPLICAÇÕES PARA POLÍTICAS PÚBLICAS

A análise do tráfico de drogas no Brasil, sob a ótica da Teoria Econômica do Crime, revela

um cenário complexo e paradoxal, no qual a própria legislação penal pode gerar incentivos não intencionais à prática delitiva, procurou-se demonstrar neste artigo que a figura do tráfico privilegiado, embora concebida como um instrumento de individualização da pena, funciona na prática como um fator de incerteza que molda o cálculo racional do infrator primário de maneira particular.

A hipótese central foi confirmada pelos dados: a existência de uma vasta população carcerária com apenas uma condenação por tráfico sugere que a percepção de um “custo” punitivo baixo, aposta em uma pena branda, atua como um potente atrativo para o ingresso na criminalidade.

Contudo, essa racionalidade tem se mostrado “frustrada” pela realidade aplicada no âmbito judicial, isso pois, a análise quantitativa revelou que a probabilidade de um primário efetivamente obter o privilégio é de apenas 30,2%, resultando em uma punição esperada significativamente mais severa do que a idealizada e, desse modo, o sistema, portanto, cria uma “loteria da punição”, na qual a maioria dos apostadores perde.

A causa dessa discrepância reside na subjetividade dos critérios legais, especialmente a vaga noção de “dedicação a atividades criminosas”, que confere ampla discricionariedade ao julgador e fragiliza a previsibilidade da aplicação da lei.

Para as mulheres, a maior probabilidade de obter prisão domiciliar representa um redutor de custo mais concreto, o que pode, em parte, explicar sua crescente e desproporcional participação neste crime, bem demonstrado pelo alto número de prisões, como uma alternativa racional em contextos de vulnerabilidade.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a atual política de drogas é ineficiente em seu objetivo primordial, isso porque, a incerteza jurídica não gera uma prevenção eficaz; pelo contrário, pode incentivar o comportamento de risco do agente que aposta na exceção, enquanto a regra geral de punição severa continua a alimentar o encarceramento em massa.

Torna-se imperativa uma reforma legislativa que estabeleça, de um lado, critérios mais objetivos para a concessão do tráfico privilegiado com a definição de parâmetros claros, como a quantidade de entorpecente apreendido podendo ser associada, evidentemente, à comprovação da ausência de vínculos com aparatos criminosos complexos por exemplo, pois reduziria a subjetividade judicial e tornaria o “cálculo” do agente mais alinhado à realidade.

Uma lei mais previsível gera uma dissuasão mais racional, informando de antemão ao potencial infrator qual será o custo real de sua conduta e, assim, desincentivando a aposta na impunidade ou na brandura da pena.

Contudo, a reforma legal é apenas parte da solução pois a análise econômica demonstra que, enquanto os benefícios do crime forem altos e o custo de oportunidade da vida lícita for baixo,

haverá sempre um forte incentivo à delinquência, assim a formulação de políticas públicas eficazes deve, portanto, transcender a esfera penal, focando em melhorias socioeconômicas, educação, emprego e redes de apoio social, que elevem o custo de oportunidade e tornem a legalidade, de fato, a escolha mais racional.

REFERÊNCIAS

ALVES, Daniel Presa. **Economia do crime e o tráfico de entorpecentes nos estados brasileiros**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas) - Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, 2022.

BECKER, Gary S. ***Crime and punishment: an economic approach***. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. ***Essays in the economic of crime and punishment***. New York: NBER, 1974.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1941.

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

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad. Brasília, DF, 2006.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.262.790/SP. Relator: Ministro Jesuíno Rissato. Brasília, 27 de fevereiro de 2024. Diário de Justiça Eletrônico, 04 mar. 2024.

CENTRO DE EXCELÊNCIA PARA A REDUÇÃO DA OFERTA DE DROGAS ILÍCITAS (CdE). **Dinâmicas do mercado de drogas ilícitas no Brasil**. Estudo Estratégico. Brasília, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Tráfico Privilegiado**. Política Penal e Drogas - Boletins analíticos, Número 01, 2025.

GAZZONE, Gabriela Casagrande. **Análise do tráfico de drogas no Brasil sob a perspectiva da Teoria Econômica do Crime**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

MATO GROSSO DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus Criminal nº 1411313-89.2025.8.12.0000. Relator: Des. José Ale Ahmad Neto. Campo Grande, 30 de julho de 2025. Diário da Justiça Eletrônico, 31 jul. 2025.

MENEZES, Luís Antônio Oliveira. **O custo econômico do crime no estado da Bahia: uma análise de 2015 a 2021**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2025.

MORICONI, M.; PERIS, C. A. **Merging legality with illegality in Paraguay: the cluster of order in Pedro Juan Caballero**. Third World Quarterly, v. 40, n. 12, p. 2210-2227, 2019.

MORICONI, M.; PERIS, C. A. **Cultivating cannabis in a Paraguayan nature reserve: Incentives and moral justification for breaking the law**. Trends in Organized Crime, v. 27, n. 4, p. 453-474, 2024.

PATRÍCIO, Miguel. **A análise económica do crime: uma breve introdução**. Colóquio de Direito Luso-Brasileiro, Ano 1, n. 1, p. 157-175, 2015.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis et al. **Crime Econômico de Tráfico de Drogas: perfil, custo e retorno**. Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional, Taubaté, v. 15, n. 2, Edição Especial, p. 47-55, mar. 2019.

UNODC; CDE; SIMCI. **Monitoramento de Preços de Drogas Ilícitas: Lições aprendidas na Colômbia e possíveis desafios no Brasil**. Boletim Temático, Março 2022.

VIAPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do Crime: uma explicação para a formação do criminoso**. Porto Alegre: AGE, 2006.

A TEORIA DO DELITO NO SÉCULO XXI: DESAFIOS DA GLOBALIZAÇÃO, MULTICULTURALISMO E A URGÊNCIA DOS PARADIGMAS DO SUJEITO DELIBERATIVO E DA CONDUTA PERFORMATIVA

Marcelo Yukio MISAKA

RESUMO

O campo jurídico penal, frequentemente percebido como um bastião da racionalidade e da universalidade, esconde, em sua estrutura mais profunda, as marcas de uma episteme eurocêntrica que, ao pretender-se aplicável a todas as realidades, falha em reconhecer as complexidades e as singularidades locais e subjetivas, resultando em soluções que, longe de serem justas, reproduzem desigualdades e perpetuam injustiças sociais. Este ensaio propõe uma análise crítica da teoria do delito tradicional a partir das lentes da criminologia decolonial, demonstrando como suas premissas universalizantes ignoram as particularidades contextuais e as subjetividades envolvidas, culminando em uma aplicação do direito penal desprovida de legitimidade e equidade. Para tanto, será explorada a contribuição da teoria crítica do direito penal de Juarez Tavares como uma alternativa que dialoga com as preocupações descoloniais, oferecendo um caminho para uma compreensão mais situada e justa do fenômeno penal.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Delito; Globalização; Crimes Cibernéticos; Multiculturalismo; Sujeito Deliberativo; Conduta Performativa; Criminologia Decolonial.

ABSTRACT

The field of criminal law, often perceived as a bastion of rationality and universality, conceals, in its deepest structure, the marks of a Eurocentric episteme that, by claiming to be applicable to all realities, fails to recognize local and subjective complexities and singularities, resulting in solutions that, far from being just, reproduce inequalities and perpetuate social injustices. This essay proposes a critical analysis of traditional criminal theory through the lens of decolonial criminology, demonstrating how its universalizing premises ignore contextual particularities and involved subjectivities, culminating in an application of criminal law devoid of legitimacy and equity. To this end, the contribution of Juarez Tavares's critical theory of criminal law will be explored as an alternative that dialogues with decolonial concerns, offering a path towards a more situated and just understanding of the penal phenomenon.

KEYWORDS: Theory of Crime; Globalization; Cybercrime; Multiculturalism; Deliberative Subject; Performative Conduct; Decolonial Criminology.

INTRODUÇÃO

A contemporaneidade impõe ao Direito Penal desafios sem precedentes. A crescente interconexão global, a emergência de novas formas de criminalidade, especialmente os crimes cibernéticos à distância e a inegável realidade de sociedades multiculturais, demandam uma reavaliação profunda dos pilares que sustentam a teoria do delito. Pois, as construções dogmáticas tradicionais, muitas vezes gestadas em contextos históricos e culturais distintos, revelam-se insuficientes para apreender e responder adequadamente às nuances dessas transformações.

A pretensão de universalidade da teoria do delito tradicional, na busca por segurança jurídica e igualdade, frequentemente mascara uma perspectiva eurocêntrica que negligencia as particularidades locais e as subjetividades. Essa cegueira para a diversidade pode levar a soluções jurídicas que, ao invés de promoverem a justiça, acabam por reproduzir desigualdades e perpetuar a marginalização de grupos sociais.

Diante desse cenário, o presente artigo propõe uma análise crítica da teoria do delito tradicional, valendo-se das ferramentas conceituais oferecidas pela criminologia decolonial. Busca-se demonstrar como a pretensão universalizante do direito penal, ao ignorar as especificidades contextuais e subjetivas, resulta em soluções iníquas. Em contrapartida, exploraremos como a teoria crítica do direito penal desenvolvida por Juarez Tavares, com suas noções de sujeito deliberativo e conduta performativa, oferece um arcabouço conceitual mais robusto e situado para uma compreensão e aplicação do direito penal que verdadeiramente dialogue com os desafios e as pluralidades do século XXI.

1. CRIMINOLOGIA DECOLONIAL: RESGATE DE SABERES PLURAIS E UM PARADIGMA CRÍTICO PARA O DIREITO PENAL

A criminologia decolonial emerge como um campo de estudo essencial para desvelar as raízes coloniais e eurocêntricas do pensamento jurídico penal. Sua base reside na compreensão da matriz de poder global que se estabeleceu com a modernidade e a colonialidade. A expressão colonialidade se refere à persistência do domínio econômico, social e cultural da metrópole sobre os países colonizados, a despeito da independência formal entre tais nações. O anverso da colonialidade é o decolonial, que consiste em um posicionamento político de denúncia da manutenção daquela matriz colonizadora e de busca por caminhos emancipatórios (Souza Oliveira; Lucini, 2021, p. 97).

Bernardino-Costa, Maldonado-Torres e Grosfoguel (2023, p. 42) apontam que a colonialidade ainda persiste em três esferas: a do poder, do saber e do ser. Na esfera do poder, houve o uso do conceito de raça como elemento justificador de uma superioridade de uma nação sobre outra, legitimando a colonização e a exploração de povos originários e africanos, sempre sob o pretexto de ideias desenvolvimentistas, mas invisibilizando práticas expropriatórias e desumanizantes (Quijano, 1992, p. 118). Essa noção de superioridade persiste até hoje, porque os países centrais (Estados Unidos e Europa) ainda intervêm econômica e politicamente nos países da margem sob o pretexto de trazer progresso e desenvolvimento.

Com Dussel (2022, p. 71-72) há a denúncia da colonialidade do saber, o qual aponta a persistência do eurocentrismo nas esferas de conhecimento. Ou seja, sob os auspícios da

modernidade, a Europa seria mais desenvolvida, de tal sorte que lhes era atribuída a prerrogativa de produção do conhecimento científico, ao passo que aquilo que os países da margem produziam, em termos de conhecimento, eram rotulados como crenças, misticismos ou folclore. Nota-se então a correlação entre colonialismo do poder e saber, já que o domínio econômico e político (poder) conferia a prerrogativa de dizer o que é ciência (saber) em face dos países periféricos. Dessa correlação surge a colonialidade do ser, porque essa matriz colonial do poder, com práticas exploratórias ocultadas ou naturalizadas pela ciência, redundava em normalização das relações interpessoais também baseadas na lógica da dominação, expropriação e exploração (Castro; Giacoia; Misaka, 2024, p. 9).

Por isso há a necessidade de novas epistemologias capazes de apontar a manutenção dessas colonialidades, as quais são ocultadas pelo saber tradicional (eurocêntrico), como é o caso do movimento decolonial, o qual advoga a adoção da pluriversidade e dos diversos saberes fora da epistemologia tradicional. No campo do poder punitivo, Zaffaroni já preconizava a necessidade de se pensá-lo a partir das especificidades dos países da periferia do sistema capitalista, com vistas a romper séculos de desigualdade e discriminações.

Nesse sentido, é urgente que a criminologia acadêmica latino-americana assuma a reivindicação de Boaventura de Sousa Santos com o nome de epistemologias do Sul, incorporando os saberes adquiridos nas lutas por aqueles que resistem à desigualdade e à discriminação produzidas pelo subdesenvolvimento colonialista." (Zaffaroni, 2020, p. 37).

A professora Rosa Del Olmo (2004, p. 133-156) também já apontou que os estudos de criminologia, na América do Sul, foram influenciados pelo eurocentrismo e utilizados para atender a interesses exploratórios de grupos oligárquicos, da metrópole e locais. Da mesma forma, Lola Aniyar de Castro (2005, p. 110) advogou a existência de um saber criminológico capaz de libertar as pessoas de situações exploratórias, ocultadas sob discursos protecionistas ou desenvolvimentistas:

A libertação das estruturas exploradoras; especialmente, mas não exclusivamente, através de uma libertação da ocultação das relações de poder e do funcionamento mascarado dos interesses. Libertação do discurso educativo, religioso, artístico, jurídico e criminológico, vinculados àquelas relações de poder. Libertação da razão tecnológica que contrabandeia para nossos países um conceito artificial de desenvolvimento. Tudo isso em benefício do valorativo, em função do homem e de sua expansão material e espiritual ao mesmo tempo (Castro, 2005, p. 110).

Então, a decolonialidade, no campo jurídico-criminal, desafia a hegemonia do saber eurocêntrico, propondo ruptura com padrões impostos após processos de colonização. Trata-se de reconhecer a epistemologia do sul, saberes locais e plurais, atentando para a política de reconhecimento das diferenças, a partir de uma criminologia decolonial. Por essa perspectiva de análise, pode-se afirmar que no direito penal, pensar de modo decolonial significa questionar tanto a

universalização forçada dos critérios europeus quanto a exclusão sistemática dos sujeitos não correspondentes à matriz hegemônica. O movimento decolonial se orienta pela valorização das múltiplas maneiras de existir, comunicar e interagir socialmente – o que é imprescindível diante de uma sociedade multicultural oriunda da globalização.

2. A CRÍTICA DECOLONIAL À TEORIA DO DELITO TRADICIONAL E SEU CARÁTER UNIVERSALIZANTE

Munido das premissas da criminologia decolonial, é possível tecer uma crítica contundente à teoria do delito tradicional e ao seu inabalável caráter universalizante. Salo de Carvalho (2015, p. 115) bem observou que, diante da ânsia em regular situações universais em forma de um sistema, com base nas teorias da conduta, a teoria geral do delito “enclausurou-se na discussão sobre os efeitos na tipicidade, ilicitude e culpabilidade”. Com isso, segundo o jurista:

A totalização dos métodos científicos exclui qualquer hipótese de reconhecimento das diferenças e das identidades, seja dos sujeitos implicados, pois são reduzidos a objetos de investigação, ou das formas de análise, em decorrência do enclausuramento disciplinar e metodológico. (Carvalho, 2015, p. 114).

De fato, a teoria geral do delito, seguindo a tendência de todas as ciências eurocêntricas calcadas na epistemologia da modernidade, em busca de sua cientificidade, buscou critérios sistematizadores e universalizantes, e com isso desprezou particularidades dos sujeitos implicados ou atributos socioculturais relevantes para a solução da programação criminalizante. Sob uma perspectiva decolonial, pode-se dizer que os critérios universalizantes utilizados nesta busca de sistematização foram aqueles próprios de uma normalidade europeia. Ou seja, quando se fala de uma pessoa racional, dotada de livre arbítrio, base do pensamento criminal da modernidade, está se falando do sujeito, branco, masculino, europeu, o qual se torna referência para a criação do sistema de imputação penal e, por consequência, do desenvolvimento da teoria do delito.

Conforme anotaram Khaled Jr e Morrison (2024, p. 357), a modernidade eurocentrista, quando se pensou em aspectos emancipatórios, “sempre se referiram a sujeitos específicos e excluíram os demais com base em critérios de classe, raça e gênero”.

Desde o liberalismo, com o contrato social e a partir da ideia de livre arbítrio, de um sujeito dotado de razão, a doutrina clássica supõe que todos, em igualdade de condições, podem compreender e controlar seus atos e a sanção penal surge como uma consequência necessária do uso do livre arbítrio, um instrumento de defesa social. Como bem pontuou Juarez Cirino dos Santos:

a concepção clássica revela o criminoso como um ser normal, o crime é uma simples violação do Direito, explicável pela vontade livre do autor, a pena é uma necessidade de defesa social e o contrato social é o fundamento do Estado e do Direito (Santos, 2021, p. 17).

Por isso, nas dimensões dogmáticas tradicionais, a teoria do delito se estrutura sobre três elementos: tipicidade (conformidade da conduta ao tipo legal), ilicitude (contrariedade à ordem jurídica) e culpabilidade (reprovabilidade pessoal, calcada na possibilidade de entendimento e autodeterminação), as quais guardam estreita conexão com os referenciais de contrato social e livre arbítrio. Essa sistematização na análise da responsabilização penal proporciona uma forma mais simples de se administrar a jurisdição criminal, porque basta seguir a metodologia da existência de um fato típico, antijurídico e culpável para concluir que é caso de aplicar-se uma sanção penal.

Mas essa premissa acaba por invisibilizar diferenças sociais e culturais de cada indivíduo, justificando não apenas processos de colonização a partir da ideia de supremacia racial europeia, mas também reforçando exclusões sociais. Porque essa universalização de método (teoria do delito) e de consequências jurídico-penais (teorias da pena), acabam por alcançar os “não iguais” segundo os parâmetros dominantes de uma sociedade, desprezando as singularidades do indivíduo. Como bem indaga Guilherme Roman Borges (2023, p. 88):

Por que ainda se ignora o potencial cultural e o substrato cultural como motivador de atos, condutas, formas de manifestação e apenas se subsumem às condutas em categorias abstratas e hipotéticas formuladas à esteira europeia dos tipos penais, mas que, embora formalmente previstas, nada condizem com a realidade brasileira. Eis aqui um lugar fundamental para se operar o ‘filtro descolonial’ (Borges, 2023, p. 88).

Ainda, como bem observou Salo de Carvalho (2023, p. 92), essa forma de analisar a responsabilidade penal não leva em conta a historicidade do sujeito e de seu comportamento, ignorando as vulnerabilidades e os processos sociais e institucionais da criminalização. De efeito, já há relevantes críticas destacando como esse universalismo cria zonas de exclusão e não reconhece subjetividades historicamente marginalizadas, entre elas, mulheres, afrodescendentes, povos originários, etc.

3. GLOBALIZAÇÃO, MULTICULTURALISMO E CRIMES CIBERNÉTICOS À DISTÂNCIA: TENSIONANDO A TEORIA DO DELITO TRADICIONAL

A complexidade das relações sociais no mundo contemporâneo é indissociável do fenômeno da globalização, que, ao diluir fronteiras e intensificar o fluxo de informações, capitais e pessoas, redefine as dinâmicas de interação humana. Longe de ser um processo homogêneo, a globalização acentua a interdependência entre nações e culturas, mas também introduz desafios inéditos, especialmente no âmbito da criminalidade e da coexistência social. As fronteiras geográficas tornam-se cada vez mais tênues, não apenas para o comércio e a comunicação, mas também para a prática de ilícitos.

Nesse cenário, os crimes cibernéticos emergem como uma das manifestações mais proeminentes da criminalidade globalizada. A internet, um espaço sem fronteiras físicas, permite

que delitos como fraudes, extorsões, ataques a sistemas e roubo de dados sejam perpetrados à distância, muitas vezes por agentes localizados em diferentes países. A atuação de pessoas estrangeiras praticando esses delitos remotamente torna a investigação e a persecução penal um desafio hercúleo para os sistemas de justiça. A identificação do autor, a coleta de provas digitais transnacionais e a definição da jurisdição competente para julgar tais crimes exigem cooperação internacional robusta e harmonização legislativa, temas que ainda engatinham frente à velocidade da evolução tecnológica e da sofisticação dos criminosos.

Mas para além dessas questões, a desterritorialização inerente aos crimes cibernéticos, aliada à diversidade de leis, valores e percepções culturais entre os atores envolvidos (perpetradores, vítimas e sistemas jurídicos), cria um terreno fértil para choques culturais significativos, que a dogmática tradicional tem dificuldade em endereçar.

Nesse sentido, vejamos práticas por exemplo envolvendo direitos autorais. Um país (País A) utiliza grupos de pessoas patrocinados pelo estado para descobrir segredos comerciais de empresas ou agências governamentais em outro país (País B) e apropriar-se de dados de pesquisa e desenvolvimento (P&D), ou até informações militares. E isso pode ser realizado à distância por conta da rede mundial de computadores. O país A pode considerar essas ações como uma forma legítima de acelerar seu desenvolvimento econômico ou garantir sua segurança nacional, sem vê-las como um ilícito penal, porque a percepção de legalidade ou moralidade da conduta é intrinsecamente ligada à sua própria cultura política e ética de Estado. Já o país B as vê como uma violação grave de soberania, espionagem industrial e um ato de agressão econômica, buscando a responsabilização penal dos indivíduos e do Estado patrocinador. A dificuldade em atribuir responsabilidade e aplicar sanções reflete não apenas lacunas jurídicas, mas um profundo desencontro de valores e entendimentos sobre o que constitui um ilícito grave no cenário internacional.

Agentes em um país (País C) criam e disseminam notícias falsas, propaganda e discursos de ódio em plataformas de mídia social, visando influenciar eleições, polarizar a sociedade ou desestabilizar o governo em outro país (País D). A natureza à distância do ciberespaço permite que esses agentes operem de suas fronteiras nacionais, atingindo um público estrangeiro. O País C pode alegar estar apenas exercendo sua "liberdade de expressão" ou promovendo seus interesses nacionais, mesmo que isso signifique interferir em assuntos internos de outro país. Em sua cultura, os limites da liberdade de expressão podem ser muito mais amplos do que no País D, que, por sua vez, vê isso como uma violação de sua soberania, um ataque à democracia e um ato de guerra híbrida, criminalizando tais condutas sob leis de segurança nacional ou crimes contra o Estado democrático. A percepção da ilicitude e da lesividade da conduta é mediada por valores

constitucionais e culturais distintos, tornando complexa a harmonização da resposta penal.

Esses exemplos demonstram como a falta de fronteiras físicas no ciberespaço, combinada com a diversidade de leis, valores e percepções culturais, podem transformar um delito cibernético à distância em um sério choque cultural com implicações de longo alcance para a aplicação da teoria do delito e a busca por justiça.

Paralelamente, a globalização impulsiona e é impulsionada pelos intensos fluxos migratórios. O Brasil, um país de dimensões continentais e histórico de acolhimento, tem se tornado tanto destino quanto origem para um número crescente de pessoas. A imigração, impulsionada por crises econômicas, conflitos armados ou a busca por novas oportunidades, e a emigração de brasileiros para outras nações, resultam na formação de uma sociedade crescentemente multicultural. Essa diversidade enriquece o tecido social, mas também pode gerar tensões. A coexistência de culturas com valores, costumes e normas sociais distintas nem sempre ocorre sem fricção. Comportamentos aceitáveis ou até mesmo valorizados em uma cultura de origem podem ser mal interpretados ou considerados inadequados e, em casos extremos, ilícitos, dentro do contexto da sociedade receptora.

A premissa da universalidade da teoria do delito tradicional, ao invisibilizar diferenças sociais e culturais de cada indivíduo, não raro justifica a imposição de padrões hegemônicos, gerando soluções injustas e reforçando exclusões sociais.

À guisa de exemplos, anote-se que em diversas etnias indígenas brasileiras, as dinâmicas de cuidado e educação infantil diferem substancialmente do modelo familiar ocidental hegemônico. Rituais de passagem que envolvem o isolamento temporário de adolescentes para ritos de iniciação, ou a prática de deixar crianças sob os cuidados de múltiplos membros da comunidade em uma rede de apoio familiar estendida, podem ser mal interpretados por autoridades não-indígenas. Sem o devido conhecimento antropológico e cultural, tais condutas podem ser erroneamente enquadradas como "abandono de incapaz" (art. 133 do Código Penal) ou "maus-tratos" (art. 136 do Código Penal), levando à retirada da criança do convívio familiar e comunitário. Essa solução, além de injusta, é profundamente desrespeitosa com a cultura do povo e traumática para o menor, demonstrando como a dogmática tradicional, ao aplicar um padrão universal de cuidado parental, ignora realidades socioculturais válidas.

Ainda, as religiões afro-brasileiras, como o Candomblé e a Umbanda, enfrentam um histórico de perseguição e incompreensão. Embora a liberdade de culto seja constitucionalmente garantida, certas práticas rituais são alvo de criminalização. O "sacrifício de animais", que para os adeptos é uma oferenda sagrada e vital para a conexão com o sagrado, muitas vezes é denunciado e processado como "maus-tratos a animais" (art. 32 da Lei nº 9.605/98), sem que se considere a

finalidade religiosa e a ausência de crueldade intencional no sentido legal. Adicionalmente, a atuação de líderes religiosos que oferecem curas espirituais ou aconselhamento mediante contribuições pode ser erroneamente enquadrada como "charlatanismo" (art. 283 do Código Penal) ou "estelionato" (art. 171 do Código Penal) por quem ignora a dimensão da fé e da relação de troca e gratidão inerente a muitas práticas religiosas. A falta de sensibilidade cultural aqui leva a uma criminalização indevida de práticas religiosas legítimas, sob a ótica de um Estado laico, mas com preconceitos velados.

Atualmente, a chegada de imigrantes e refugiados ao Brasil, com seus próprios códigos de comunicação e interação social, pode gerar atritos com as normas e expectativas brasileiras. Diferenças culturais na forma de se dirigir a uma autoridade, na entonação da voz, ou na própria postura corporal – que em sua cultura de origem podem denotar respeito ou cautela – podem ser mal interpretadas por um agente policial brasileiro como "desacato" (art. 331 do Código Penal) ou "resistência" (art. 329 do Código Penal), levando a prisões ou processos injustos. Porque a interpretação unilateral de conceitos como "ordem" e "respeito" desconsideraria as normativas culturais distintas, resultando em criminalizações arbitrárias.

Destarte, em todos os casos mencionados, há necessidade premente de uma dogmática penal que transcenda os modelos eurocêntricos e universalizantes, incorporando as nuances culturais e as especificidades subjetivas para que a aplicação da lei reflita a justiça em sua dimensão mais ampla e equitativa, e não apenas a conformidade formal.

É neste ponto de intersecção entre o multiculturalismo e as condutas desviadas que a teoria do delito se torna uma ferramenta analítica indispensável. Condutas que transgridem normas sociais e legais estabelecidas, mas que têm suas raízes em práticas culturais diversas, demandam uma análise penal complexa. A teoria do delito, que estrutura a análise de uma conduta para determinar se ela constitui crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), precisa ser aplicada com sensibilidade a esses contextos. Por exemplo, na análise da culpabilidade, o elemento do potencial conhecimento da ilicitude, que pressupõe que o agente tenha a capacidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta, pode ser influenciado por um profundo enraizamento em normas culturais divergentes.

Questões como erro de proibição, quando o agente, por desconhecimento ou interpretação equivocada, age sem saber que sua conduta é proibida, podem ganhar novas nuances quando a origem desse erro está em um choque cultural. Não se trata de justificar o crime pela diferença cultural, mas de compreender como a cultura pode influenciar a formação da vontade e do conhecimento do agente sobre a ilicitude. O direito penal, ao lidar com a culpabilidade, deve ponderar se o indivíduo, imerso em uma cosmovisão particular, teve real capacidade de se adequar à norma penal brasileira. Essa análise exige dos operadores do direito um conhecimento aprofundado

não apenas das normas legais, mas também das ciências sociais e um compromisso com a justiça que transcenda a mera aplicação literal da lei, buscando entender o contexto em que a conduta desviada se manifestou, sem, contudo, afastar a responsabilidade penal quando esta se configurar.

4. SUJEITO DELIBERATIVO E CONDUTA PERFORMATIVA: POR UMA DOGMÁTICA PENAL INCLUSIVA

Juarez Tavares, em sua obra *Fundamentos de Teoria do Delito* (2018), traz uma inserção inovadora no âmbito dogmático-penal, em especial na teoria do delito, ao introduzir e desenvolver os conceitos de pessoa deliberativa e carência de performatividade. A preocupação central do insigne jurista reside exatamente na inserção de elementos individuais, como os contextos históricos e socioculturais do autor do fato, no próprio âmbito de análise da caracterização do injusto penal. Diferente da tradição que muitas vezes exclui essa análise ou a relega para um momento posterior (como a dosimetria da pena ou a execução da pena), Tavares advoga por uma perspectiva que antecede e informa a própria qualificação da conduta.

A relevância da obra de Tavares para a criminologia decolonial reside em sua capacidade de desvelar as contradições internas do direito penal e propor um caminho para uma reflexão mais ética e socialmente engajada, que valorize as especificidades das realidades periféricas e lute contra as soluções universalizantes que geram opressão. Sua teoria crítica fornece ferramentas para desconstruir o discurso hegemônico e para pensar um direito penal que, ao invés de reproduzir injustiças, seja capaz de promover a dignidade humana em sua pluralidade.

Para desenvolver seu pensamento, Tavares aponta para a essencialidade da definição do "sujeito" para, num momento posterior, pensar-se a forma de responsabilização desse indivíduo. Com efeito, o sujeito não é meramente um agente causal de um resultado danoso (criminoso), mas sim o ponto de partida para a imputação de responsabilidade penal. O sujeito, portanto, não pode ser reduzido a uma figura abstrata, mas deve ser compreendido em sua complexidade, considerando sua origem, cor, sexo, classe social, cultura, virtudes, defeitos e seu passado. Logo, na opinião do autor em comento, alguém só pode ser classificado como um sujeito de ação se caracterizada a sua “autonomia para tomar decisões” (Tavares, 2018, p. 140).

Não obstante, essa autonomia não se confunde com aquela ideia abstrata de livre arbítrio, já por nós criticada. Porque na realidade a autonomia é verificada diante de uma situação em concreto, segundo as condições psicossociais e históricas do indivíduo. Em outras palavras, não basta que alguém seja considerado sujeito (porque dotado de autonomia) para atrair a si a responsabilização penal pela causação de determinado resultado danoso. Segundo Tavares, é preciso analisar essa autonomia para se concluir se aquela pessoa ostenta a condição de “pessoa

deliberativa” (Tavares, 2018, p. 140).

Para que se constate a condição de pessoa deliberativa, Tavares propõe que a conduta praticada pelo acusado seja analisada dentro de um contexto social (Tavares, 2018, p. 141). Assim, é preciso aferir se há:

a) capacidade de formular proposições, ou seja, capacidade de argumentar, de se expressar linguisticamente; b) possibilidade de ver nessas proposições uma forma específica de identificação, como modo de destacar seus argumentos com pretensão de validade; c) capacidade de executar uma conduta com pretensão de validade; d) capacidade de avaliar a conduta dos demais; e) capacidade de contestar as próprias proposições e condutas e, depois, alterá-las, na condição de uma entidade capaz de autocrítica; f) capacidade de ser responsável por sua conduta; g) a capacidade de se comunicar conscientemente com os demais, de modo a ressaltar sua subjetividade, no sentido de seu reconhecimento (Tavares, 2021, p. 141).

Segundo o estimado jurista, tais atributos são essenciais para concluir que a pessoa deliberativa possui autoconsciência de sua própria existência e, também, condições de valorar seu próprio comportamento, correlacionando-o com o comportamento das demais pessoas (Tavares, 2018, p. 141). De fato, se a pessoa não reúne tais atributos, o discurso legitimante do direito penal, de prevenção geral e especial, acaba por ser totalmente inócuo, pois de nada adianta punir quem é incapaz de autocrítica, de avaliar o seu comportamento frente às expectativas sociais. Alguém sem essa autocrítica não será intimidada pela lei penal ou ressocializada posteriormente. Daí ser importante que na própria teoria do delito haja um local reservado para ampliar as lentes de análise do comportamento humano, como bem procurou propor Tavares.

Ademais, para além dessas análises sobre a pessoa deliberativa, não haverá conduta penalmente relevante quando se constatar a “carência de performatividade”, que é outro conceito desenvolvido por Tavares (2018, p. 152). Segundo o autor, isso se constata quando o sujeito “não puder se exprimir normalmente dentro do contexto em que se encontre” (Tavares, 2018, p. 152). Ele parte da correta premissa de que as pessoas se constituem dentro do contexto em que vivem, ou seja, todo o seu comportamento, de certa forma, é afetado pelo contexto social em que a pessoa está inserida. Não há um livre arbítrio total como preconizam as teorias modernistas que influenciaram a teoria do delito clássica, de cariz eurocentrista. Na realidade, assim como todas as pessoas se constituem a partir das suas relações sociais, os seus comportamentos também ganham sentido e significado a partir dessas mesmas relações sociais. Por isso a análise desse contexto é relevante para se concluir pela existência de uma conduta delituosa.

Tavares adverte que na análise da dogmática tradicional, por exemplo, o magistrado se preocupa com o chamado “micromundo” da vida, perquirindo apenas se o acusado foi o causador do resultado danoso e se agiu de forma consciente (dolo ou culpa). No método tradicional de responsabilização penal não há espaço para investigar aquilo que Tavares nomina de

“macromundo” da vida (Tavares, 2018, p. 144), local onde estariam inseridos os conceitos de pessoa deliberativa e performatividade da conduta já mencionados. Logo, os conceitos de sujeito, pessoa deliberativa e carência de performatividade estão interligados e são essenciais para a compreensão da teoria do delito à luz da proposta em comento. O sujeito é o ponto de partida para a imputação de responsabilidade penal, mas para ser considerado um agente penalmente responsável, ele deve possuir a capacidade de autocrítica e compreensão do comportamento em face das expectativas sociais (ser uma pessoa deliberativa) e deve possuir condições de se exprimir no contexto em que se encontre (não apresentar carência de performatividade).

Poder-se-ia dizer que a análise das condições subjetivas, na teoria do delito tradicional, estaria reservada para a culpabilidade, manifestando-se na inimputabilidade, no erro de proibição ou na causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

Quanto à inimputabilidade, ela fica restrita à presença de problemas mentais, o que exclui inúmeras outras situações como os problemas decorrentes do multiculturalismo.

Já em relação ao erro de proibição (potencial consciência de ilicitude) e a inexigibilidade de conduta diversa, Tavares arremata que:

O problema dessa inserção das condições do sujeito no âmbito da inimputabilidade ou da incapacidade de culpa reside em desconsiderar que a sociedade não está constituída de pessoas homogêneas e uniformes, que os grupos humanos se diferenciam por vários modos, de acordo com sua formação cultural, sua vinculação a regras próprias de conduta, suas crenças, seus condicionamentos, seu aprendizado multifacético, sua evolução e sua posição em face da ordem jurídica vigente. As diversidades dos grupos humanos não podem ser avaliadas unicamente sob a condição de culpabilidade, especificamente sob os parâmetros da normalidade ou anormalidade mental. Essas condições de diversidade, como são condições de caracterização da pessoa deliberativa, devem ser avaliadas no âmbito da ação penalmente relevante. À medida que não sejam preenchidos os elementos da pessoa deliberativa, haverá ausência de ação por falta de performatividade. Com isso, exclui-se o próprio injusto penal (2018, p. 152-153).

Enfim, o método preconizado pela teoria do delito tradicional é o de parametrizar suas análises a partir do homem médio, que como vimos é alguém branco, do sexo masculino e europeu. Ou seja, desconsidera-se que a sociedade não é homogênea e que as pessoas têm formação cultural diversas, com vinculação a regras próprias de conduta, crenças e condicionamentos multifacéticos, com aprendizados distintos.

5. RUMO A UMA JUSTIÇA INCLUSIVA: A APLICAÇÃO DOS NOVOS PARADIGMAS

As reflexões e ponderações de Tavares trazem a abertura necessária, na teoria do delito por ele proposta, para que as especificidades culturais e contextuais sejam avaliadas no processo de responsabilização penal. Isso é crucial para evitar a indesejada criminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não representam a mesma lesividade social quando praticadas por

indivíduos de diferentes culturas ou em contextos de interação global, como nos crimes cibernéticos.

No contexto dos crimes cibernéticos, por exemplo, a aplicação dos conceitos de pessoa deliberativa e performatividade é crucial. Um agente estrangeiro, de cultura e sistema jurídico distintos, pode cometer um crime cibernético no Brasil. A teoria tradicional, ao focar em um "homem médio" universal, poderia ignorar as particularidades de sua compreensão das normas digitais, das expectativas de privacidade ou das consequências de suas ações em um ambiente virtual transnacional. A análise da pessoa deliberativa permitiria sopesar se esse agente, em seu contexto cultural e tecnológico, possuía a capacidade de argumentar, avaliar e se comunicar conscientemente sobre a ilicitude de sua conduta no ciberespaço brasileiro.

No âmbito do multiculturalismo, a teoria de Tavares oferece um caminho para lidar com a diversidade cultural presente no Brasil. Pessoas de diferentes culturas, com suas próprias regras de conduta, crenças e condicionamentos, podem ter uma compreensão distinta do que é lícito ou ilícito. A análise da pessoa deliberativa permitiria avaliar se o agente, em seu contexto cultural, possuía a capacidade de autocrítica e de valoração de seu comportamento frente às expectativas sociais e jurídicas brasileiras. Por exemplo, em casos de práticas culturais que possam colidir com a legislação penal, a carência de performatividade poderia ser invocada se o agente, por sua vinculação cultural, não pudesse se exprimir normalmente dentro do contexto normativo brasileiro, ou se a conduta, em seu ambiente cultural, não gerasse a mesma lesividade ou perigo ao bem jurídico.

A sua metodologia privilegia uma análise do fato penal mais orientada pelo contexto subjetivo e social do agente, o que tem o condão de prevenir injustiças advindas de avaliações padronizadas, reconhecendo a pluralidade de contextos e normatividades. Com tudo isso, criam-se caminhos para uma justiça verdadeiramente inclusiva, onde diferenças culturais e as complexidades das interações globais são respeitadas a partir da construção de mecanismos de responsabilização mais humanos e solidários.

CONCLUSÃO

Em suma, a incursão da criminologia decolonial no campo do direito penal tradicional revela as profundas limitações de uma teoria do delito que se pretende universal. Ao ignorar as particularidades locais e as subjetividades que conformam as experiências humanas, essa abordagem eurocêntrica não apenas falha em sua promessa de justiça, mas atua como um instrumento de perpetuação de desigualdades e colonialidades, produzindo soluções desajustadas e injustas.

A contribuição de Juarez Tavares, com sua Teoria Crítica do Direito Penal, oferece um contraponto essencial, demonstrando a necessidade de um pensamento jurídico contextualizado, que analise o direito penal como um fenômeno social, político e histórico, e não apenas técnico-normativo. Suas noções de sujeito deliberativo e conduta performativa oferecem ferramentas concretas para operacionalizar essa crítica, permitindo uma análise mais profunda e justa da imputação penal, considerando a real capacidade de compreensão do agente e o impacto efetivo de sua conduta no mundo da vida. Isso se mostra particularmente relevante para os desafios impostos pela globalização e pelo multiculturalismo, onde a diversidade de contextos culturais e a natureza transnacional dos crimes cibernéticos exigem uma dogmática penal mais flexível e sensível às particularidades. A teoria de Tavares, ao focar na capacidade de deliberação do indivíduo e na performatividade da conduta, permite que o sistema jurídico avalie a responsabilidade penal de estrangeiros ou de pessoas de diferentes culturas de forma mais equitativa, considerando suas referências e o impacto real de suas ações, e não apenas a subsunção formal a tipos penais eurocêntricos.

Adotar uma perspectiva decolonial no estudo do delito significa, portanto, ir além da mera aplicação de normas para questionar suas origens, seus propósitos e seus impactos sobre as vidas reais das pessoas, especialmente daquelas historicamente marginalizadas. Significa buscar um direito penal que seja, de fato, um instrumento de justiça social e não de dominação, capaz de reconhecer a pluralidade de realidades e construir respostas que respeitem a dignidade em toda a sua diversidade, especialmente diante dos complexos desafios impostos pela globalização, pela expansão dos crimes cibernéticos e pelo imperativo do multiculturalismo.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História Dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSGOUEL, Ramón. *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*. (Coleção Cultura Negra e Identidades): Grupo Autêntica, 2018.

BORGES, Guilherme Roman. *Revisitando a teoria do direito: desconstrução das bases colonizadas do discurso jurídico*. São Paulo: Almedina, 2023.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CURSO de criminologia crítica brasileira: dimensões epistemológicas, metodológicas e políticas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2023.

CASTRO, Bruna Azevedo; GIACOIA, Gilberto; MISAKA, Marcelo Yukio. *A ética da libertação e o poder punitivo nos países periféricos*. Cuardenos de educacion e desarrollo, v. 16, nº 2, 2024, p. 1-22.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant to blanch, 2021.

DIREITO PENAL: Parte Geral. 10ª ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

DE CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

DEL OMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão* Trad. Epharaim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E Orth. 4ª ed., Petrópolis: Vozes, 2022.

KHALED JR, Salah H.; MORRISON, Wayne J. *Curso de criminologia crítica e cultural decolonial: fundamentos, classicismo e positivismo*. Belo Horizonte: Letramento, 2024.

MALDONADO-TORRES, Nelson. *Análítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas*. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSGOUEL, Ramón. *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*. (Coleção Cultura Negra e Identidades). São Paulo: Grupo Autêntica, 2018.

QUIJANO, Anibal. *Colonialidad y Modernidad-racionalidad*. In H. Bonillo (org), *Los conquistados* (p. 437-449). Bogotá: Tecer Mundo Ediciones, FLACSO., 1992.

COLONIALIDADE do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do sul*. 2009.

SANTOS, Vivian Matias. *Notas desobedientes: decolonialidade e a contribuição para a crítica feminista à ciência*. Revista Psicologia & Sociedade. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/FZ3rGJJ7FX6mVyMHkD3PsnK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 3 de julho de 2023.

SOUZA OLIVEIRA, Elizabeth; LUCINI, Marizete. *O Pensamento Decolonial: Conceitos para Pensar uma Prática de Pesquisa de Resistência*. Boletim Historiar, v. 8, n. 01. Jan/Mar, 2021. p. 97-115

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias. *A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant to Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro: a criminologia do ser-aqui*. Trad. Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

AS PENAS REAIS NO DIREITO BRASILEIRO: O MOVIMENTO DE DESPENALIZAÇÃO E O QUE RESTOU DA PENA DE PRISÃO

Fillipe Azevedo RODRIGUES¹

RESUMO

O trabalho discute o movimento de despenalização, promovendo uma extensa revisão bibliográfica sobre correntes teóricas críticas ao cárcere, legislação pertinente e pesquisas empíricas acerca do efeito das penas na decisão de delinquir e reincidir. Aborda os impactos e fases de aplicação dos institutos despenalizadores estudados. Aponta a prisão preventiva como punição antecipada e promove crítica ao avanço do Poder Judiciário no campo da política criminal, discutindo as imprecisões dos dados sobre a população carcerária brasileira. Formulou-se, para tanto, a seguinte pergunta: o que há de pena realmente no Direito brasileiro? O objetivo geral, portanto, é apresentar o movimento de despenalização, os institutos por ele inspirados e o que restou de efetivo cumprimento da pena de prisão, isto é, o que há de pena real no Direito brasileiro. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, documental e de abordagem hipotético-dedutiva, cujas inferências são passíveis de falseamento em pesquisas empíricas sobre a política criminal.

PALAVRAS-CHAVE: movimentos de despenalização; institutos despenalizadores; estatísticas criminais; encarceramento; economia do crime; pena real.

ABSTRACT

This paper discusses the decriminalization movement, conducting an extensive literature review of critical theoretical approaches to prison, relevant legislation, and empirical research on the effect of penalties on the decision to commit crimes and reoffend. It addresses the impacts and implementation phases of the decriminalizing mechanisms studied. It highlights pretrial detention as an early punishment and criticizes the judiciary's advances in criminal policy, discussing the inaccuracies in data on the Brazilian prison population. To this end, the following question was formulated: what punishment actually exists in Brazilian law? The overall objective, therefore, is to present the decriminalization movement, the mechanisms it inspired, and what remains of the effective enforcement of prison sentences—that is, what constitutes real punishment in Brazilian law. This is qualitative, documentary research with a hypothetical-deductive approach, whose inferences are susceptible to distortion in empirical research on criminal policy.

KEYWORDS: decriminalization movements; decriminalizing institutes; criminal statistics; incarceration; criminal economics; real punishment.

JEL: K14²

1 INTRODUÇÃO

Em Direito Penal, pena é definida como a consequência jurídica do crime e o crime, por sua vez, assume o conceito de fato humano descrito em lei, contrário ao direito e cuja

1 Doutor em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal-RN-Brasil. Mestre em Direito pela UFRN, Natal-RN-Brasil. Professor Adjunto do Curso de Direito da UFRN-Ceres, Caicó-RN, Brasil. E-mail: rodrigues.cgern@gmail.com.

2 Classificação *Journal of Economic Literature* (JEL) da *American Economic Association* (2023): K – Law and Economics; K14 – Criminal Law.

responsabilidade pode ser atribuída a seu agente causador.

A lei penal precisa, não obstante, estar em conformidade com a Constituição, de modo que a definição do que será defeso e punido não é arbitrária por parte do legislador. Toda incriminação de conduta requer uma justificação na salvaguarda de um direito fundamental para a ordem jurídica.

É mais simples do que parece.

A vida humana é um direito fundamental, assim, o legislador tem o poder-dever de protegê-la, recorrendo a várias soluções jurídicas para tanto, desde a garantia de orçamento para a saúde pública até a ameaça de pena de prisão de 6 a 20 anos para quem atentar contra a vida de outro indivíduo, criminalizando justificadamente o homicídio (art. 121 do Código Penal). O mesmo ocorre com a necessidade de prever penas para o roubo, estupro e peculato (arts. 157, 213 e 312 do Código Penal), tudo com o fim de proteger bens juridicamente valiosos, propriedade privada, a liberdade sexual e o patrimônio público.

Veiculada em lei, ao lado da descrição da conduta reprovável, a pena deve representar consequência negativa o bastante para prevenir a prática do crime.

O estudo das espécies de pena e sua força dissuasória requer empiria e conexão do Direito com outras áreas do conhecimento – estatística, sociologia, psicologia e economia –, a fim de identificar o sistema punitivo ótimo para garantia da ordem e pacificação social, sem excessos por parte dos órgãos de controle.

Carente de uma maior empiria, a literatura jurídica é permeada por correntes teóricas críticas à pena de privação de liberdade, que, no passado, fora considerada um avanço na humanização das sanções penais e, hoje, está sob um ceticismo ideológico de um influente movimento de despenalização.

Os institutos jurídicos despenalizadores compõem um emaranhado rol de alternativas à pena de prisão, deixando-a, cada vez mais, em caráter residual, razão pela qual a presente pesquisa indaga, como problemática, o que há de pena realmente no Direito brasileiro?

Na linha da pergunta-problema, o objetivo geral é apresentar o movimento de despenalização, os institutos por ele inspirados e o que restou de efetivo cumprimento da pena de prisão, isto é, o que há de pena real no Direito brasileiro.

O trabalho divide-se em três seções de desenvolvimento, cada uma destinada a satisfazer um objetivo específico, quais sejam: (i) revisar a bibliografia de teóricos liberais, garantistas, abolicionistas, agnósticos e minimalistas a respeito das críticas formuladas à pena de prisão e como propõem a reforma do sistema punitivo nela referenciado; (ii) apresentar um a um os institutos despenalizadores presentes no Direito brasileiro, suas fases processuais de aplicação e abrangência, mormente quanto ao efeito de desencarceramento; (iii) discutir o que resta da pena privativa de

liberdade, conceituando pena real a partir de uma reflexão crítica sobre ativismo judicial, imprecisões estatísticas sobre a população carcerária e o abuso da prisão preventiva como antecipação punitiva.

O artigo conclui respondendo à problemática a partir de uma pesquisa qualitativa, documental e de abordagem hipotético-dedutiva, valendo-se do silogismo aristotélico para construção de hipóteses e, sob um viés utilitarista, apresenta inferências a respeito das penas reais formais e informais, possíveis de falseamento em pesquisas empíricas.

2 O MOVIMENTO DE DESPENALIZAÇÃO

A evolução das espécies de pena no ocidente transitou, a partir do final do século XVIII, das penas corpóreas para a pena privativa de liberdade,³ motivada, em princípio, pelo processo liberal de humanização do *jus puniendi* estatal e criação do chamado Direito Penal moderno na maior parte das sociedades ocidentais.

A origem da prisão é, portanto, fruto de uma visão humanitária, notadamente quanto à severidade da pena e sua proporcionalidade.⁴ Em *Dos delitos e das penas*, Cesare Beccaria (1999), trata da prisão como a sanção destinada aos delitos mais leves no contexto da primeira metade dos anos 1700, afinal a prática comum para os delitos de maior ofensividade era a aplicação da pena capital e de outras punições cruéis. Nesses casos, o cárcere servia acessoriamente como mecanismo de contenção do condenado para posterior aplicação da pena de fato.

Mesmo após a obra de Beccaria, o movimento revolucionário francês, enquanto proclamava direitos,⁵ submetia à guilhotina dezenas de milhares de pessoas.⁶ Em outras palavras, o estabelecimento do Estado de Direito orientado por penas proporcionais (Ferrajoli, 2002) e que permitissem a expiação do crime pelo tempo de aprisionamento ganhou espaço apenas com o tempo, gradualmente ao longo dos séculos seguintes.

A privação de liberdade não só fez superar a prevalência das penas capitais e corpóreas,

3 “Em 1796 o governador Jhon Jay, de Nova York, enviou uma comissão à Pensilvânia para estudar o sistema celular. Nesse mesmo ano ocorreram mudanças importantes nas sanções penais, substituindo-se a pena de morte e os castigos corporais pela pena de prisão, consequência direta das informações colhidas pela comissão anteriormente referida”. (Bitencourt, 2014, p. 165).

4 “A afirmação da pena moderna como *pena abstrata e igual*, como tal quantificável e mensurável e, por isso, predeterminável legalmente e determinável judicialmente tanto em sua natureza como no que tange à sua medida. Esta tipificação e formalização legal das penas modernas tem tornado possível sua configuração já não como *aflições* mas como *privações*”. (Ferrajoli, 2002, p. 313-314).

5 “Art. 8.º - A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”. (Ambassade de France au Brésil, 2024).

6 “Robespierre, que na sua juventude fora um firme defensor da abolição da pena de morte, passou a considerar que esta estaria justificada sempre e quando o executado fosse um ‘inimigo do bem comum’” (National Geographic, 2024).

permitiu, outrossim, a adoção do sistema progressivo de cumprimento,⁷ no qual foi acrescida a função corretiva ao lado da mera retribuição. A progressão em regimes com abrandamento de rigor, garantindo o trabalho dignificante, foi possível graças ao protagonismo da prisão como pena principal.

Isso não deixa de ser uma concepção já defendida por Beccaria sobre a reação do apenado, afinal o encarceramento, para “delitos mais leves, causará sobre ele impressão que, desviando-lhe a atenção destes últimos, o afastará ainda mais dos delitos mais graves. Não devem as penas ser somente proporcionais entre si e aos delitos, em intensidade apenas, mas também no modo de aplicação” (Beccaria, 1999, p. 100).

O maior desafio desse modelo, contudo, sempre foi seu custo social elevado, exigindo dispêndios públicos para manutenção dos presídios e de seus agentes de guarda e execução da pena, além de todo um universo de gastos com o próprio preso. Essa foi uma das principais razões para o fim da *Wallnut Street Jail* e seu sistema celular, primeiro estabelecimento penal do ocidente, cuja privação de liberdade era em si mesma a pena aplicada.

O presídio, situado na cidade da Filadélfia, tinha como contexto prévio a criação do mais humanizado código penal entre todas as colônias britânicas na América, concebido pelo fundador da Província da Pensilvânia, o colono *quaker* William Penn (US History, 2024). Contra a pena de morte, Penn definiu o contexto legislativo que inspirou, pós-independência das treze colônias, a construção do inovador presídio, no qual os criminosos condenados não seriam mais fisicamente torturados, devendo estar reclusos em celas individuais, preservado o máximo silêncio para a meditação sobre o crime como um pecado a ser purgado pelo cárcere, ora convertido em uma espécie de penitência.⁸

A intenção humanizadora não foi, *a priori*, bem-sucedida pelo elevado custo de manter um sistema celular e gratuito para o preso, contrariando os padrões anteriores cuja despesa com os grilhões e outras ferramentas punitivas também deveriam ser suportadas pelo apenado. A prisão de *Wallnut Street* foi demolida em 1835, após 44 anos de sua fundação em 1791 (US History, 2024).

7 “O apogeu da pena privativa de liberdade coincide igualmente com o abandono dos regimes celular e auburniano e a adoção do regime progressivo. A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador”. (Bitencourt, 2014, p. 169).

8 “In 1681 he spelled out that in Pennsylvania “all prisoners shall be bailable...unless for capital offences, where the proof is evident, or the presumption great.” At a time when prisoners had to pay for their food, and for small services like having their irons unlocked so they could appear in court, Penn stipulated that ‘all prisons shall be free as to fees, food, and lodging.’ Penn limited the death penalty to the crimes of murder and treason—at a time when English law doled out capital punishment for more than 200 different crimes. He also insisted that instead of being dungeons, prisons should be workhouses, aimed at rehabilitation, with inmates taught a trade that could allow them to earn an honest living once released. In his lockups, men finished and shaped wood, and women spun yarn. Penn intended that in these new measures “an example may be set up to the nations as...a holy experiment””. (Philantropy Roundtable, 2024).

A solução, não obstante, caminhou para racionalizar a alocação dos recursos públicos sem prescindir do processo de humanização das penas. O tempo trouxe a relativização do sistema do silêncio, a possibilidade de progressão entre um sistema celular de solitárias para celas coletivas e a maior interação entre os apenados, sobretudo durante os turnos de trabalho.⁹ Esse modo de aplicação das penas expandiu-se, ainda no século XIX, no Reino Unido, na Irlanda e na América (Bitencourt, 2014), tendo influenciado a legislação penal brasileira, conforme se vê no art. 50 do Código Penal da República Velha (Brasil, 1890): “O condenado à prisão celular por tempo excedente de seis anos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciária agrícola, a fim de aí cumprir o restante da pena”.

A sanção de prisão assimilou, portanto, as duas funções da pena, retribuição¹⁰ e prevenção,¹¹ qualificando a prevenção especial como positiva.¹² Segundo Noronha (1995, p. 221), “punindo não olvida, entretanto, o Estado a dignidade da criatura humana, por mais desprezível que seja o criminoso”.

Contudo, a prisão e sua associação com o trabalho não deixaram de fazer parte da crítica social marxista, porquanto o sistema punitivo passou a ser visto como parte da superestrutura de poder e controle do proletariado. Usar o trabalho como método de ressocialização se converteu, para os marxistas, em restabelecer o mecanismo de opressão burguesa, mas agora através da força e no cárcere.¹³

Já no século XX, Michel Foucault (2005) aprofundou a visão marxista sobre as prisões e o trabalho do preso. Segundo ele, a instituição prisão produz e reorienta proletários quando os condiciona ao labor no cárcere, convertendo o ladrão em um dócil trabalhador, sob a ilusão de um salário cuja relevância econômica na estrutura burguesa de poder é insignificante.

Foucault reacendeu a crítica marxista, colocando sob suspeita o processo de humanização das penas. Não houve uma real mudança pela dignidade do homem preso, mas apenas aparente, a

9 “A diferença principal reduz-se ao fato de que no regime celular a separação dos reclusos ocorria durante todo dia; no auburniano, eram reunidos durante algumas horas, para poderem dedicar-se a um trabalho produtivo”. (Bitencourt, 2014, p. 168).

10 “Decorre do natural desejo de vingança do ser humano. É a função mais visível. Corresponde ao corretivo imposto ao indivíduo que descumpriu o dever de agir conforme a lei penal. É a reação do Estado à ação do criminoso, a punição propriamente dita”. (Mendes Júnior, 2010, p. 28).

11 “Como o próprio nome induz, visa a evitar, pela intimidação decorrente da publicidade no cumprimento da pena ou do rigor a ela atribuído, que os demais cidadãos da sociedade cometam infrações penais (prevenção geral), e mesmo o reeducando reveja suas condutas a partir da punição a que encontra submetido”. (Mendes Júnior, 2010, p. 29).

12 “Também conhecida como função educativa, é hoje considerada a mais importante e presente em todas as legislações penitenciárias dos Estados modernos. Visa reintegrar o apenado à sociedade após submetê-lo a verdadeiro tratamento social enquanto submetido à execução da pena”. (Mendes Júnior, 2010, p. 29).

13 “O socialismo burguês só alcança a sua expressão correspondente quando passa a ser mera figura de retórica. Comércio livre! no interesse da classe trabalhadora; protecção alfandegária! no interesse da classe trabalhadora; prisões celulares! no interesse da classe trabalhadora: esta é a última palavra do socialismo burguês, e a única dita a sério. O socialismo da burguesia consiste precisamente na afirmação de que os burgueses são burgueses — no interesse da classe trabalhadora”. (Marx e Engels, 1997, p. 59).

finalidade seria servir à estrutura capitalista. Para o autor, a utilidade do trabalho no cárcere “não é um lucro; nem mesmo a formação de uma habilidade útil, mas a constituição de uma relação de poder (...), de um esquema da submissão individual e de seu ajustamento a um aparelho de produção” (Foucault, 2005, p. 204).

Eugenio Raúl Zaffaroni (2001), ainda no contexto de luta de classes, acrescenta uma relação maior de poder entre os países centrais e os países periféricos da América Latina – antes, colonizadores e colonizados. O sistema punitivo se converte, para ele, em um aparato sem legitimidade porque espelha o aprisionamento dos povos colonizados e periféricos, uma espécie de prisão menor dentro da prisão maior.

A prisão dos países marginais constituía, pois, uma instituição de sequestro menor dentro de outra muito maior. Em outros termos, nossas prisões, no programa lombrosiano, seriam as celas de castigo “solitárias” da grande prisão, da grande instituição de sequestro colonial. Este programa só pode ser entendido como um *apartheid* criminológico “natural”, porque, se aqui a maioria era de selvagens, não seria concebível uma instituição de sequestro destinada a prender selvagens, função que a prisão cumpria no centro, onde os “selvagens” eram minoria. Na periferia, essa função era a da própria instituição colonial. (Zaffaroni, 2001, p. 77-78).

O movimento de despenalização, agora orientado pelos ideais marxistas,¹⁴ apontou suas críticas ao encarceramento e à própria estrutura do Direito Penal, conduzindo para a construção de uma teoria abolicionista, cujo propósito inicial é extinguir a pena de prisão e, em última análise, promover um “abolicionismo radical do sistema penal, ou seja, sua radical substituição por outras instâncias de solução dos conflitos” (Zaffaroni, 2001, p. 97).

Luigi Ferrajoli (2002) defende uma perspectiva mais moderada de renunciar à pena de prisão. Para ele, “a superação da prisão não poderá ser senão o fruto de um processo gradual, ligado ao processo cultural e à redução das bases sociais da violência. A progressiva minimização da duração da pena carcerária é uma etapa indispensável desse processo” (Ferrajoli, 2002, p. 332).

A proposta inicial do garantismo é introduzir comutações de pena em medidas de semiliberdade, expandir liberdades condicionais e estruturar “diversos e articulados sistemas de medidas alternativas”. Apesar dos problemas de incerteza sobre o que substituirá a pena e o possível arbítrio extralegal dos agentes de persecução penal, Ferrajoli (2002, p. 333) afirma se tratar do “traço mais eloquente da crescente intolerabilidade das penas excessivamente longas”.

Até mesmo o sistema progressivo, nessa abordagem garantista, torna-se desnecessário, porquanto, “uma vez que a pena privativa de liberdade seja substituída para os delitos mais leves pelas atuais medidas alternativas, e reduzida a dez anos ou a um tempo menor, para os delitos mais

14 “Libertos da escravidão capitalista, dos horrores, das selvagens, dos absurdos, das ignomínias sem nome da exploração capitalista, os homens habituar-se-ão gradualmente a respeitar as regras elementares da vida em sociedade conhecidas há séculos, reincorporadas durante milênios em todas as prescrições morais, a respeitá-las sem violência, sem coação, sem submissão, sem este aparelho especial de coerção que se chama: Estado”. (Lenine, 1977, p. 101-102).

graves, deixariam de ser necessárias (...) as revisões da duração da pena em função da boa conduta” (Ferrajoli, 2002, p. 333).

Independentemente de qual corrente seja adotada, abolicionista, minimalista, agnóstica ou garantista, há um movimento despenalizante difundido nas instituições, notadamente no Poder Judiciário,¹⁵ com ênfase para a pena de privação de liberdade. As evidências estão na literatura penal do ocidente, desde o pensamento garantista europeu, aqui citado em Ferrajoli (2002), passando pela doutrina argentina com Zaffaroni (2001), até chegar aos autores brasileiros, a exemplo de Bitencourt (2006) e Gomes (2014).

É certo que esse movimento de despenalização encontra um vetor de força contrário, isto é, o fenômeno da expansão do direito penal, assim descrito por Jesús-María Silva Sánchez (2011). No entanto, sem contestar os achados da pesquisa do autor espanhol, já transportados para o contexto jurídico brasileiro (Rodrigues, 2021), o fato é que se tornou evidente a *não execução institucional da pena de prisão no Brasil* em razão do vasto rol de alternativas penais ao encarceramento, sejam elas legais ou provenientes do ativismo judicial.

3 OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Os institutos despenalizadores podem ser definidos como todos os mecanismos jurídicos legais ou judiciais cuja função é afastar, total ou parcialmente, a execução da pena de prisão cominada no preceito secundário da normal penal incriminadora.

Pode-se indagar que a multa e as penas restritivas de direitos também são, para todos os efeitos, sanções penais e, quando aplicadas no lugar da privação de liberdade, não importaria em despenalização, mas apenas uma substituição por outra pena.

No entanto, a proposta deste trabalho é insistir que, para além do tecnicismo jurídico, ainda que sem dele prescindir por completo, a pena privativa de liberdade na estrutura da lei penal brasileira possui relevante protagonismo, servindo de parâmetro punitivo para a quase totalidade dos tipos penais existentes na legislação¹⁶, sempre com um piso e um teto quantificado em tempo de detenção ou reclusão.

Cabe acrescentar que essa estruturação do sistema punitivo em torno do encarceramento decorre e influi na cultura. A partir do senso comum, a sociedade compreende a prisão como a pena propriamente dita, ao passo que as sanções de multa e restritivas de direitos são tidas como formas

15 “Existem, ainda, dois fatores que fazem com que não resulte utópica uma batalha pela abolição da pena privativa de liberdade, ainda que seja a longo prazo. O primeiro deles é que a insatisfação cada vez mais difundida que este tipo de pena produz vem se difundindo no interior da cultura jurídica”. (Ferrajoli, 2002, p. 332).

16 “O Código Penal de 1940 classificou as penas em principais (reclusão, detenção e multa) e acessórias (perda de função pública, interdição de direitos e publicação da sentença), as primeiras sempre aplicáveis, enquanto as segundas eventualmente impostas”. (Noronha, 1995, p. 227).

de indulgência, o que recorrentemente corrobora a sensação social de impunidade – “cometeu esse crime e só vai pagar cestas básicas”.

Essa visão do cotidiano não deixa de ser objeto de discussão no campo científico, afinal, segundo o próprio Ferrajoli (2002, p. 321), “a vantagem do delito não deve superar a desvantagem da pena: se não fosse assim, efetivamente, a pena seria muito mais um tributo, e não cumpriria nenhuma função dissuasória”. É dizer: “essa argumentação vale principalmente para as penas pecuniárias: não só pela sua homogeneidade com os tributos, também consistentes em somas de dinheiro, senão igualmente pela relativa facilidade de valorar seu custo (...) em relação ao proveito obtido com o delito” (Ferrajoli, 2002, p. 231).

O senso comum, portanto, não está tão desconectado da erudição técnica do Direito Penal quando associa as penas de caráter pecuniário ou restritivas de direitos a taxas e impostos sobre a renda do criminoso, uma espécie de custo para cometer o crime. Essa percepção social foi identificada em pesquisa empírica com apenados de vários estabelecimentos penais do Estado de São Paulo,¹⁷ aos quais foi perguntado: “de zero (mínimo) a nove (máximo), qual a estimativa média do custo de sua atividade criminosa; e de zero a nove, qual a estimativa média do retorno econômico dessa atividade?” (Shikida, 2024, p. 282). As respostas produziram os seguintes resultados:

para 91,2% dos pesquisados, o benefício econômico foi maior do que o custo, para 3,4% o benefício foi igual ao custo, para 0,7% o custo foi maior do que o benefício. Não responderam ou não souberam responder 4,7%. A nota nove foi atribuída em 51% das respostas para o benefício, enquanto a nota zero foi atribuída em 29,7% das respostas para o custo. O total percentual das notas acima da média (5 a 9) para o retorno foi de 90%, enquanto o total percentual das notas abaixo da média (0 a 4) para o custo foi de 79,4%. (...). Nesse contexto, de acordo com a racionalidade do delinquente, se a expectativa da prática criminosa, após sopesar os custos e os benefícios esperados, resultar em ganhos superiores aos custos, é muito provável que o delito seja efetuado. (Shikida, 2024, p. 282).

Por essas razões, ora são consideradas as penas de multa e restritivas de direitos como institutos despenalizadores, acompanhadas (*e.g.*) dos efeitos análogos produzidos pela transação penal, conciliação e composição dos danos civis, pelo *sursis* processual e penal, arrependimento posterior, livramento condicional, acordo de não persecução penal (ANPP), pela colaboração premiada e monitoração eletrônica.¹⁸

17 “Foram entrevistados 408 presos de crimes econômicos, mediante aplicação de um questionário com 102 perguntas. As unidades selecionadas e o número de entrevistados para a pesquisa de campo objetivaram retratar as diversas tipologias criminais e especificidades prisionais da região metropolitana de São Paulo. Essas escolhas foram feitas durante reunião conjunta entre profissionais do Centro Integrado de Comando e Controle (CICC-SP), Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP) e professores do projeto. O número de entrevistados representa um nível de confiança de 95% e margem de erro de 4,8% (SHIKIDA, 2023). A realização desta pesquisa se estendeu ao longo de oito semanas (uma por mês), de 09/2023 a 04/2024 (totalizando 56 dias), com uma média de 8 horas de trabalho/dia. Houve a participação de 10 pesquisadores – 4 professores doutores, 3 mestrandas, 1 economista e 2 estudantes de direito (todos devidamente treinados/capacitados). Cada questionário aplicado levou, em média, 50 minutos”. (Shikida, 2024, p. 273-274).

18 “Os sistemas penais modernos lançam mão de vários expedientes para evitar a execução de penas curtas de prisão:

Entre os institutos despenalizadores, apenas o ANPP e a colaboração premiada não são compreendidos como uma garantia do indivíduo criminalmente implicado,¹⁹ isto é, podem ser concedidos a critério da autoridade de persecução penal. Todos os demais institutos são considerados direito subjetivo ou benefícios cuja não concessão é excepcionalíssima.²⁰

Para todos os delitos cujo mínimo legal de prisão seja igual ou inferior a 1 ano, cabe o benefício da *suspensão condicional do processo*. O *sursis processual* está disciplinado no art. 89 da Lei Federal n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, e suspende o processo por dois a quatro anos, mediante proposta do membro do Ministério Público, a fim de que, durante esse período de prova, o acusado se comprometa com as seguintes condições: “reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo”; “proibição de frequentar determinados lugares”; “proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz”; “comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades”; ou outras condições especificadas pelo magistrado, “desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”.

Como consequência da *suspensão condicional do processo*, a punibilidade será extinta – *despenalização total* – se, encerrado o período de prova, o acusado tiver observado as condições acordadas e não tenha sido processado por outra infração penal – art. 89, §§ 4º a 7º.

A *transação penal* está prevista na mesma Lei ao lado da conciliação e da composição de danos civis (arts. 72 a 76 e 79). Esses institutos de *despenalização total* se aplicam às infrações penais cuja pena máxima não seja superior a 2 anos de privação de liberdade, podendo, no máximo, significar a aceitação de multa ou restrição de direitos, a exemplo da prestação pecuniária convertida no *pagamento de cestas básicas*.

O Código Penal (CP), em seus arts. 43 a 52, traz as hipóteses de aplicação das penas restritivas de direitos e multa em substituição da pena privativa de liberdade – *despenalização total*. Sem embargo, acrescenta mais três institutos com o mesmo efeito, quais sejam: o *arrependimento posterior* (art. 16), o *sursis penal* (arts. 77 a 82) e o *livramento condicional* (arts. 83 a 90).

Dos três institutos, o primeiro *despenaliza parcialmente* a conduta ao reduzir a pena de

as sentenças indeterminadas, a suspensão da execução, a substituição, etc”. (Vargas, 1998, p. 25).

19 Sobre o ANPP, ver o Recurso em Habeas Corpus n.º 161.251-PR (STJ, 2022). Quanto à colaboração premiada, vide o Informativo n.º 942 do Supremo Tribunal Federal que faz referência ao Habeas Corpus n.º 127.483-PR (STF, 2015).

20 “Este Superior Tribunal tem decidido que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público” (STJ, 2017); “A recusa injustificada do órgão ministerial em propor a transação penal do processo constitui nulidade absoluta por afronta ao devido processo legal, retirando do réu a oportunidade de aceitar uma alternativa à persecução penal” (TJMG, 2013); “A suspensão condicional da pena (*sursis*) constitui direito público subjetivo do réu (...)” (TJDFT, 2023); “Arrependimento posterior: é causa obrigatória de diminuição de pena (...), constituindo providência de política criminal e tendo como principal finalidade o incentivo à reparação do dano, sendo direito subjetivo do agente” (Silva, 2018); “O livramento condicional pode ser conceituado como um direito subjetivo público do sentenciado, por meio do qual promove-se a antecipação da sua liberdade, mediante cumprimento de determinadas condições impostas.” (Bittencourt, 2020).

prisão de um a dois terços se o delinquento arrepende-se antes do recebimento da denúncia ou da queixa, restituindo o produto do crime à vítima ou reparando o dano causado, porém apenas nos casos de crime patrimonial sem violência ou grave ameaça. O segundo estabelece para o condenado a pena de até 4 anos um período de suspensão da execução da privação de liberdade, desde que aceite condições semelhantes às aquelas definidas na suspensão condicional do processo, produzindo a *despenalização total* quando satisfeitas as condicionantes durante o período de prova. O terceiro, por fim, aplica-se ao apenado condenado a prisão igual ou superior a dois anos com a *despenalização parcial* de metade ou dois terços da pena, observada sua conduta durante o período de cárcere e outros critérios para concessão, cabendo ao beneficiado observar as condições impostas até o fim ficto da pena de prisão.

O ANPP aplica-se ao investigado confesso pela prática de infração penal sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a 4 anos, conforme o art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP). As condições negociáveis para a *despenalização total* com o acordo são: “reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo”; “renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime”; “prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços”; “pagar prestação pecuniária”, observados os termos do Código Penal; “cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada”.

Há alguns critérios impeditivos para oferta do *acordo de não persecução*, entre eles, os crimes praticados no âmbito da violência doméstica ou familiar, contra mulher ou de forma habitual, reiterada ou profissional. Mesmo assim, consiste em um instituto despenalizador bem abrangente, afinal a maioria dos crimes sem violência possuem pena mínima compatível com a demarcação do CPP – peculato, estelionato, furto, rufianismo, favorecimento à prostituição etc.

A *colaboração premiada*, a seu turno, promove a *despenalização total ou parcial* a depender da negociação entre o agente e o órgão de persecução penal interessado, Ministério Público ou autoridade policial. Conforme o art. 4º da Lei Federal n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013, as condições que podem viabilizar o acordo são colaborar para identificação de coautores e partícipes no crime, revelação da estrutura de organização criminosa, prevenção de infrações penais, recuperação do proveito do crime e a localização de vítima com integridade física preservada. Este mecanismo despenalizador pode ser manejado em crimes graves – sem limites de pena –, afinal o contexto para sua aplicação envolve os delitos praticados por organizações criminosas.

Até, então, os institutos mencionados encontraram origem na atividade legiferante, porquanto decorrem da legislação penal e processual penal em vigor. No que diz respeito à

liberdade vigiada por *monitoração eletrônica*, tem-se como fundamento inicial a Súmula Vinculante n.º 56 do STF (2016). A alternativa à pena de prisão foi, *a priori*, criada pelo Poder Judiciário, sob fundamento ativista de constitucionalização da execução penal:²¹ “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Os parâmetros a que faz referência o enunciado são os seguintes:

I - A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; II - Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); III - Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. (STF, 2016).

Tais medidas foram concebidas como solução temporária para a negligência do Poder Público ao não garantir vagas em estabelecimentos penais adequados, convertendo a prisão nos regimes semiaberto e aberto em uma liberdade vigiada por tornozeleiras eletrônicas. Sem embargo, o Tribunal se absteve de responsabilizar os gestores públicos que adotarem essas alternativas como prática definitiva, o que levou a uma espécie de renúncia estatal à execução da pena de prisão em seus estágios de cumprimento semiaberto (encarceramento associado ao trabalho e educação do preso) e aberto (encarceramento parcial, noturno e nos fins de semana).

Por força da Súmula Vinculante n.º 56, a *despenalização parcial* passou a ocorrer sempre que houver a combinação de falta de vagas em estabelecimento adequado e a progressão do regime fechado para o semiaberto de presos condenados a penas de reclusão superiores a 8 anos;²² ao passo que haverá *despenalização total* quando o regime inicial de cumprimento de pena for o semiaberto ou o aberto, nos casos de detenção ou reclusão com pena igual ou inferior a 8 anos.²³

Após oito anos do enunciado da Suprema Corte, a Lei Federal n.º 14.843, de 11 de abril de

21 Esse fenômeno é objeto de trabalho de Juliana Sampaio Rodrigues (2020), intitulado *O estado de coisas inconstitucional como ativismo judicial estrutural e a judicialização da política penitenciária brasileira*. Confira-se o seguinte trecho: “Através da ADPF 347/DF com evidente omissão governamental em relação ao sistema carcerário e a caracterização do EIC, tem-se a judicialização de políticas públicas como medida presente e ainda muito necessária na atual ordem constitucional, já que patente omissão dos outros poderes em relação à execução das políticas organizacionais que visam garantir a saúde carcerária”. (Rodrigues, 2020, p. 23).

22 “A determinação do regime inicial de cumprimento de pena depende de dois fatores diferentes: a. da quantidade da pena (art. 33, § 2, a, b e c); b. de condições pessoais do condenado (arts. 33, § 3º, e 59). O caput deste art. 33 preceitua, como regra geral, que as penas de reclusão distinguem-se das de detenção pelo regime a que ficam sujeitas”. (Delmanto, 2022, p. 232).

23 Critérios definidos no art. 33, § 2º, do Código Penal.

2024, ao alterar disposições da Lei de Execução Penal (LEP),²⁴ regulamentou a *monitoração eletrônica* como alternativa à pena de prisão, em sede dos regimes semiaberto e aberto, cabendo ao juiz da execução decidir por conceder o benefício (art. 66, V, j, da LEP). Combinado o disposto no novo art. 146-B, VI, da LEP²⁵, com a Súmula Vinculante n.º 56, o que antes fora desídia do Poder Público passa a ser medida normalizada, ou seja, investir em tornozeleiras eletrônicas torna-se regra e, como exceção, fica a estruturação de colônias e casas de albergado adequadas para o cumprimento da pena nos regimes semiaberto e aberto.

A pena de prisão, portanto, está, para os mais graves crimes, limitada a uma fração do tempo de reclusão estabelecido pelo juiz na sentença penal condenatória, entre os mínimos e máximos legais previstos no preceito secundário. Aquelas condenações a reclusão igual ou inferior a 8 anos ou pena de detenção deixam, portanto, de fazer uso da prisão, considerando que o regime inicial será, em regra, o semiaberto ou aberto.

Com o intuito de ilustrar, a maior parte dos crimes descritos na legislação possuem pena mínima de prisão inferior a 8 anos, é o caso dos seguintes tipos penais: homicídio simples (6 a 20 anos), estupro (6 a 10 anos), roubo (4 a 10 anos), estelionato (1 a 5 anos), sequestro e cárcere privado (1 a 3 anos), corrupção passiva e ativa (2 a 12 anos), tráfico de drogas (5 a 15 anos), lavagem de dinheiro (3 a 10 anos), organização criminosa (3 a 8 anos), constituição de milícia privada (4 a 8 anos) e participação em organização terrorista (5 a 8 anos).²⁶

Outras manifestações despenalizadoras do Judiciário podem ser identificadas em precedentes diversos, tais como o Recurso Especial n.º 1.971.993-SP (STJ, 2023), no qual se procedeu à uniformização da jurisprudência da Corte para julgar insignificante o crime de contrabando (2 a 5 anos) quando se tratar de até mil maços de cigarro – art. 334-A do Código Penal. Aqui, há uma *descriminalização* – por atipicidade material – de conduta antes contida em norma incriminadora cuja ofensividade valorada pelo legislador foi afastada.

À exceção do homicídio e do tráfico de drogas, a mediana entre mínimo e máximo de tempo de prisão está, em todos esses tipos penais, situada no regime semiaberto, relativizado em liberdade vigiada. Trata-se, pois, de mais um traço de adesão institucional ao movimento de abolição da prisão como pena, somando-se aos demais institutos despenalizadores listados nesta seção.

24 Lei Federal n.º 7.210, de 11 de julho de 1984.

25 “Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (...) VI - aplicar pena privativa de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou conceder progressão para tais regimes; (...)”. Dispositivo da LEP, conforme redação dada pela Lei Federal n.º 14.843, de 2024.

26 Delitos tipificados no Código Penal; na Lei Federal n.º 9.613, de 3 de março de 1998; na Lei Federal n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006; na Lei Federal n.º 12.850, de 2013; e na Lei Federal n.º 13.260, de 16 de março de 2016.

4 PENA REAL: O QUE RESTOU DAS PENAS.

Os institutos com efeito despenalizador estudados na seção prévia apresentam-se, muitas vezes, sobrepostos e redundantes quanto às suas consequências jurídicas. Em resumo, substituem a pena de prisão ou sua potencial aplicação por restrições de direitos ou sanções pecuniárias, mudando apenas a fase processual ou o rito em que cada benefício pode ser manejado.

Como já sustentado, aparentam mais um sistema tributário para a criminalidade habitual do que um sistema punitivo propriamente dito (Ferrajoli, 2002). A semelhança com o sistema tributário não reside apenas na feição de custo financeiramente quantificável, identifica-se também com a complexidade caótica de inúmeras espécies de tributos incidentes para o mesmo fato.²⁷

Um único crime de furto, por exemplo, cuja pena prevista no art. 155 do CP é de 1 a 4 anos de reclusão, está, ao mesmo tempo, sujeito à incidência dos seguintes institutos de despenalização: *suspensão condicional do processo, ANPP, arrependimento posterior, substituição da pena por sanções restritivas de direitos ou multa, sursis penal* e – caso superados todos os anteriores – *desencarceramento por monitoração eletrônica*.

Em outras palavras, a *pena real* do furto não é a privação de liberdade cominada no tipo penal correspondente.

Essa constatação é importante porque a certeza da punição é elemento relevante para alcançar a função dissuasória da pena, também chamada de prevenção geral. A dissuasão da conduta criminosa pela ameaça da prisão ainda permanece em debate na literatura jurídica, contudo as pesquisas empíricas sobre o tema já evidenciam que o criminoso reage sim a incentivos, servindo a pena de mecanismo de inibitório (Shikida, 2024).

Tudo começou com um aluno de graduação que em nossas conversas resolveu fazer sua monografia sobre economia do crime, isto em 1999. A princípio, havíamos pensado em buscar dados secundários (são aqueles que já existem) numa delegacia, para depois aplicarmos uma econometria (para quem não conhece, trata-se de um ferramental estatístico). Conhecendo alguns colegas policiais, fui à delegacia e conversei com um profissional sobre a possibilidade de usar alguns dados secundários, para montar uma boa pesquisa monográfica. A resposta diante da minha demanda: – Professor, infelizmente, estes dados, do jeito que nos pede, não existe. Ademais, tem uma coisa chamada “cifra negra” – resumidamente, trata-se de uma percentagem de crimes desconhecida oficialmente. Com aquela resposta eu, mineiramente, questionei: – Assim é melhor eu mesmo buscar dados primários (aqueles que ainda não foram coletados). O policial, em uma percepção incrível, levantou, abriu a janela, e disse: – O senhor QUER DADOS PRIMÁRIOS, VEM CÁ, TÁ VENDO LÁ? TÁ CHEIO DE DADOS PRIMÁRIOS! Metaforicamente, esta fala foi

²⁷ A complexidade do sistema tributário foi a principal razão de sua reforma, o que, na citação a seguir, pode se transportar para o problema do sistema punitivo, bastando alterar as referências a tributos por penas e alternativas penais: “A reforma tributária [penal] teve [terá] como um de seus principais objetivos a consolidação e a simplificação dos tributos [institutos penais e despenalizadores], substituindo os atuais IPI, PIS, Cofins, ICMS e ISS pelos ISB e CBS [as atuais multa, restrições de direitos, transação penal, *sursis* da pena, livramento condicional, monitoração eletrônica etc], tornando o sistema mais claro e compreensível. Naturalmente, a simplificação do sistema foi uma das metas buscadas pelo Congresso Nacional para conferir mais segurança jurídica e clareza aos contribuintes [cidadãos], bem como permitir aos consumidores finais [apenados] uma melhor percepção dos tributos pagos [das penas pagas] por eles”. (Bornias, 2024, p. 1).

apontada para os presos que estavam sob sua vista, pela janela da delegacia. (Shikida, 2018, p. 23)

A decisão de delinquir, se considerada a partir das normas penais e processuais penais vigentes, é orientada pela maximização do bem-estar do agente e os dados primários sobre suas motivações estão na pessoa do próprio delinquente, conforme a teoria econômica do crime (Rodrigues, 2021). Desde as obras de Cesare Beccaria²⁸ e Jeremy Bentham,²⁹ percebe-se a lógica utilitarista de escolha racional³⁰ nos chamados mercados implícitos, a exemplo do *trade off* entre riscos e benefícios assumidos pelo criminoso (POSNER, 2011, p. 37-38).

Nessa perspectiva, os institutos despenalizadores reduzem o custo e o risco inerentes à prática do crime, tornando racionalmente mais vantajosa a decisão de delinquir. Isso ocorre porque eliminam a pena de prisão e produzem uma série de alternativas penais ao longo de toda persecução, premiando inclusive aqueles agentes que venham a negligenciar, embaraçar ou evadir-se do inquérito e do processo, porquanto inexorável a concessão da *monitoração eletrônica* ao final.³¹

Surge então a dúvida que motivou este trabalho: o que há realmente de pena no Direito Penal brasileiro?

Para responder, é necessário chegar a um conceito de *pena real*, qual seja: *medida punitiva que, formalmente (através do sistema judicial) ou informalmente (através de sanções sociais),³² penaliza a conduta socialmente indesejada, exercendo, ao menos, as funções primárias de prevenção geral e retribuição.*

Definido o conceito, é necessário estabelecer em qual contexto ele se insere no Brasil. Em

28 “Para que a pena produza efeito, basta que o mal que ela inflige exceda o bem que nasce do delito e, nesse excesso de mal, deve ser calculada a infalibilidade da pena e a perda do bem que o crime deveria produzir. O resto é supérfluo e, portanto, tirânico. Os homens regulam-se pela repetida ação dos males que conhecem e não pela dos que ignoram”. (Beccaria, 1999, p. 88).

29 Gary Becker (1968) aperfeiçoa a ideia seminal de Bentham (2012) em *Crime and Punishment: an economic approach*, considerada uma das obras mais relevantes para a investigação microeconômica dos crimes e das penas. Nela, tem-se o delito como resultado da maximização racional dos agentes envolvidos: Estado, delinquente e vítima.

30 “Theories of criminal behavior based more or less on the assumption of rational choice were proposed by Beccaria and Bentham. Bentham wrote that ‘the profit of the crime is the force which urges man to delinquency: the pain of the punishment is the force employed to restrain him from it. If the first of these forces be the greater, the crime will be committed; if the second, the crime will not be committed.’ From the beginning of this century interest in their point of view dwindled as a plethora of other theories were developed”. (Eide, 1999, p. 346).

31 Quais espécies de pena, para os apenados do Estado de São Paulo, impediriam que voltassem a delinquir? “Em termos da punição que dissuadiria integralmente a prática do crime cometido, as respostas espontâneas (não foram apresentadas opções) com maiores expressões percentuais foram: pena de morte (29,7%), prisão perpétua (22,5%), pena grande (8,8%), minha pena é suficiente (6,1%), “nenhuma punição me impediria” (4,2%), perder e/ou fazer sofrer a família (3,7%), pena de “ponta a ponta” (sem remissão) (2,7%), leis mais rígidas/duras (1,7%), outras respostas (11,3%), que foram diversas, completam este quesito. Não responderam ou não souberam responder 9,3%” (Shikida, 2024, p. 282).

32 Pery Francisco Assis Shikida e Salete Polonia Borilli (2006, p. 17): “não apenas os condicionantes tradicionais (restrições impostas pelo Estado) afetam a ação dos criminosos, como há indícios de que as travas morais (religião, família constituída, etc.) também influenciem no grau de violência”.

resumo, tem-se um arranjo caótico de criminalidade, escassez de vagas em presídios e confusão de institutos penais (e despenalizadores), motivo pelo qual o que realmente é pena pode não necessariamente ser assim chamada pelas ciências jurídico-criminais e instituições formais do Estado.

O principal exemplo é a *prisão preventiva*, medida cautelar do processo penal, que serve muito mais ao propósito sancionador se comparada com as consequências punitivas objeto de eventual sentença condenatória.

A constatação óbvia se deve ao fato de que, no Código de Processo Penal, adota-se a seguinte estrutura de medidas cautelares: a prisão preventiva é o último recurso disponível ao Poder Judiciário (art. 282) para garantir a ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal. Em paralelo, o art. 319 do CPP traz a lista de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, cabendo destaque a indicada no inciso IX, *monitoração eletrônica*, ou seja, há duas situações, no Direito pátrio, que o instituto é aplicado: (i) monitoração como medida cautelar do Processo Penal e (ii) monitoração como substitutivo da pena privativa de liberdade.

Na primeira situação, conforme se extrai do § 6º do art. 282, a *monitoração eletrônica* é medida definida como mais branda e sempre anterior à possível decretação da prisão preventiva, devendo o Juiz, caso decida por esta última, fundamentar o não cabimento de sua substituição por aquela.³³

Comparadas as situações, se, após a condenação, o apenado ficar sujeito à *monitoração eletrônica*, nos moldes do art. 146-B, VI, da LEP c/c a Súmula Vinculante n.º 56, o tratamento dado aos condenados não raro será mais brando do que aquele atribuído ao presumidamente inocente, quando sujeito a uma prisão preventiva.³⁴

A primeira função é aquela ligada à sua natureza de *pena antecipada*. Sob tal aspecto, a captura do imputado suspeito imediatamente após o fato representa, indubitavelmente, a medida de defesa social mais eficaz: primeiro se pune, e, depois, se processa, ou melhor, se pune processando. (...). Enfim, esta é mais aflitiva do que a pena em sentido próprio não sendo aliviada com nenhuma das medidas alternativas e dos variados benefícios previstos

33 “A prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análises sobre a adequação e suficiência das demais cautelares. (...). Portanto, prisão preventiva somente quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, aplicadas de forma isolada ou cumulativa”. (Lopes Jr., 2013, p. 42).

34 Como reforço, há ainda o instituto da *detracção*, que equipara o tempo de prisão preventiva com àquele da pena de privação de liberdade: “detracção é o abatimento na pena ou medida de segurança a ser executada, do tempo de prisão provisória ou de internação já cumprido pelo condenado (...) o desconto também deve recair sobre três espécies de penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação e fim de semana) – CP, art. 43, IV, V e VI). Com efeito, se na pena mais grave a ser cumprida (privativa de liberdade) incide a detracção, não há razão para excluí-la das penas que a substituem (restritivas de direitos)”. (Delmanto, 2022, p. 258). Em suma, a prisão preventiva é reconhecida pela literatura como equiparada à pena de privação de liberdade quanto à sua carga punitiva implícita, razão pela qual toda condenação cujo regime inicial não é o fechado implica em sanção mais branda do que a medida cautela de prisão aplicada no processo.

para a pena no ordenamento carcerário; surge aqui exatamente o contrário do quanto foi teorizado pela tradição penal liberal (...), a qual admitiu a custódia preventiva apenas diferenciada pela pena ou da pena pelo seu caráter menos vexatório e menos restritivo dos direitos do detento (Ferrajoli, 2002, p. 623).

Trata-se, pois, de uma completa subversão do Estado de Direito e do devido processo legal,³⁵ afinal a *pena real* encontra-se antes do trânsito em julgado e, também, é anterior a existência de um processo formal, considerando a possibilidade de decretação de prisão preventiva durante o inquérito.

No Direito brasileiro, é possível responder ao processo preso e cumprir a pena em liberdade.

Esse é o mote que desconstrói o rótulo de pena atribuído àquilo que, na realidade, é um mero custo para os criminosos habituais, retirando da lei penal a clareza necessária, a certeza da punição e a efetiva proteção dos bens jurídicos.³⁶ Sobre, por outro lado, poder em demasia no Judiciário, pretendo titular exclusivo do *jus puniendi*, seja por avançar nas competências legislativas³⁷ ou por, arbitrariamente, antecipar o que há de *pena real* ao decretar ou manter em prisão preventiva investigados ou acusados, ainda presumidamente inocentes³⁸ – art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Essa ingerência sobre a política criminal por parte do Judiciário³⁹ é problemática por várias razões, não sendo o propósito deste trabalho abordar uma a uma. Não obstante, cabe exemplificar um erro comum que orienta muitas decisões judiciais sobre o sistema punitivo, cuja origem está no próprio Estado.

As estatísticas oficiais de população carcerária são ainda muito confusas e não respondem com clareza uma série de perguntas norteadoras da política criminal e penitenciária. Qual é o real número da população carcerária no Brasil? Esse número é composto por que tipo de sujeito

35 “Por causa de seus pressupostos, da sua modalidade e da sua dimensão assumida, tornou-se o sinal mais vistoso da crise da jurisdição, da tendência a tornar mais administrativo o processo penal e, sobretudo, da sua degeneração no sentido diretamente punitivo”. (Ferrajoli, 2002, p. 619).

36 “Esse esforço de equacionar a necessidade de tutela com o controle dos mecanismos estatais de proteção deve se orientar pela maximização das liberdades individuais. Isto é, abolir o sistema penal sacrificaria o cidadão frente ao ataque dos celerados, orientados por seu arbítrio sobre a liberdade, a vida e a propriedade alheias; ao passo que confiar aos prepostos do Estado um poder desarrazoado sujeitaria os cidadãos aos abusos de uma burocracia penal a serviço de si mesma” (Rodrigues, 2023, p. 8).

37 Alguns casos de ativismo penal do STF com o propósito, inclusive, de criminalizar condutas: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.983 (2016), *criminalização da vaquejada*; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26 (2020), *criminalização da homofobia*.

38 Na experiência italiana, o manejo recorrente da prisão preventiva, segundo Ferrajoli (2002, p. 619), “foi efeito de um abuso crescente do instituto por obra dos magistrados: pela emissão sistemática de mandados de captura não motivados, com módulos estereotipados e com base em frágeis indícios e, sobretudo, pela sua finalização tendente a objetivos ilegítimos, como a constrição do imputado à confissão ou à elisão, por meio de provimentos de captura reiterados, das normas referentes ao não encarceramento, em face da decadência dos termos máximos”.

39 O Judiciário é poder constituído sem representatividade democrática, mais um motivo de suspeita quanto ao avanço das decisões judiciais sobre o campo das políticas públicas e das matérias próprias de deliberação do Poder Legislativo.

penalmente implicado? Quantos são presos processuais (prisão preventiva)? Quantos investigados ou acusados estão monitorados por tornozeleira eletrônica? Quantos são os apenados propriamente (condenados com trânsito em julgado)? Quantos apenados estão em cada regime de privação de liberdade? Quantos apenados estão efetivamente presos em um estabelecimento penal? Quantos apenados são monitorados por tornozeleira eletrônica?⁴⁰ Quantos estão em prisão domiciliar?

Daniel Damasceno Amorim Douglas (2024) produziu estudo com objetivo de responder a várias dessas perguntas, notadamente sobre o *cumprimento de pena no regime semiaberto em monitoramento eletrônico no Brasil*. Do trabalho, é possível extrair que a informação apresentada como “população carcerária” brasileira é, na realidade, o quantitativo total de sujeitos penalmente implicados, boa parte deles desencarcerados por alternativas penais, a exemplo do chamado semiaberto harmonizado,⁴¹ que se vale da *monitoração eletrônica*.

Os relatórios oficiais do Poder Público sobre encarceramento e as decisões judiciais por eles orientadas assumem conceitos relativos sobre a palavra *preso* e a chamada *população carcerária*. Entre o que se chama de *preso*, há indivíduos que não estão presos; e compõem a *população carcerária* do país pessoas desencarceradas. Contaminado por esse relativismo conceitual, diz-se, assim, que o Brasil conta “com a terceira maior população carcerária do mundo, com mais de 832 mil presos e aumento de 257% entre 2000 a 2022, segundo dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN)” (Douglas, 2024, p. 11).

Esse mesmo número, mais adiante, é o quantitativo de referência para tratar de *superlotação no sistema penitenciário*, o que não faz sentido se o montante é composto também por apenados que não estão presos: “a superlotação no sistema penitenciário brasileiro é uma condição antiga e na forma como o sistema se encontra estruturado tem havido uma série de violações aos direitos do preso, tal como previstos na Lei de Execução Penal (LEP)” (Douglas, 2024, p. 11).

Há, de fato, superlotação por carência de vagas para os apenados em regime fechado e para os presos preventivos.⁴² Mas o percurso de análise a partir de dados com tratamento equívoco ou

40 Informação de 30 de junho de 2023, dá conta de que 92.894 pessoas estão penalmente monitoradas por tornozeleiras eletrônicas, isto é, quase 100 mil pessoas que não podem, por lógica, serem contabilizadas no universo da população carcerária (Douglas, 2024, p. 26).

41 “Diante da falta de vagas para o cumprimento da reprimenda no regime adequado, importando para o presente trabalho a análise do regime semiaberto, passou-se a adotar a monitoração eletrônica como medida alternativa, a fim de evitar o cumprimento da pena em regime mais gravoso, em detrimento da ausência de vagas nas instalações previstas em lei, isto é, colônia agrícola, industrial ou similar. Cabe destacar que o regime semiaberto harmonizado se pauta na disciplina do apenado em seguir as condições da monitoração eletrônica e não retornar a cometer delitos, de modo que caso verificado o descumprimento, o apenado sujeita-se entre outras medidas a perda do benefício”. (Brutscher, 2023, p. 49).

42 “Ademais, em relatório formulado pelo Sistema de Informações do Sistema penitenciário Nacional (SISDEPEN, 2022), indica um total de 172.551 mil apenados, cumprindo pena em regime semiaberto, para um total de 83.860 mil vagas disponíveis, ou seja, número superior ao dobro dos sentenciados não teriam lugar para a execução da pena no aludido regime. Dessa forma, a incapacidade do aparelho estatal em comportar o número de sentenciados, bem como proporcionar a qualidade mínima de vida, aliado a falta de vigilância, prejudica a recuperação dos detentos, acarretando a reincidência e à prática de abusos”. (Brutscher, 2023, p. 20). A curiosidade nesse dado

não transparente não vai promover o diagnóstico necessário da crise penitenciária brasileira. A aferição da grandeza da população carcerária brasileira precisa considerar vários fatores, tais como aqueles indagados acima, além de cruzar os dados de encarceramento com as estatísticas de criminalidade, o que raramente é feito.⁴³

Em suma, não é possível afirmar categoricamente que *o Brasil prende muito* porque (i) os relatórios da população carcerária não são compostos apenas por pessoas efetivamente encarceradas; (ii) tampouco correlacionam o aprisionamento com (ii.a) a população do país (presos para cada 100 mil habitantes), com (ii.b) os indicadores de criminalidade e com (ii.c) as estimativas de subnotificação de delitos (*cifra negra*).

Algumas evidentes consequências decorrem da existência da cifra negra, como anota, por exemplo, Sir Leon Radznowicz: a) representa a substância do crime, enquanto as estatísticas oficiais são tão-somente sua sombra; b) torna extremamente difícil descobrir os verdadeiros caminhos e composição da criminalidade; c) restringe e distorce nosso conhecimento a respeito dos criminosos; d) as atitudes da sociedade com relação ao crime e à punição são inevitavelmente irrealistas; e) impõe-se como o maior fator no enfraquecimento de qualquer efeito intimidativo que a punição ou o tratamento dos criminosos pudesse ter; f) provavelmente, o sistema não tem o menor interesse em tentar diminuir a cifra negra, pois a polícia, os promotores, o Judiciário e os estabelecimentos prisionais sucumbiriam se tivessem que lidar com todos os que, realmente, praticam infrações penais. (Thompson, 1998, p. 2019).

Há uma retórica que inflaciona deliberadamente o problema do encarceramento no Brasil e, assim, promove o movimento de despenalização, de forte cariz ideológico e com capilaridade o bastante para influenciar as instituições oficiais, alheias à dimensão real do problema da segurança pública.

O que resta da pena de prisão no Brasil é um residual cumprimento em regime fechado na hipótese de concurso de crimes e para condutas criminosas graves ou qualificadas. Mesmo nesses casos, uma fração da pena imposta será renunciada com o uso da *monitoração eletrônica* quando da progressão do regime.

A prisão preventiva, ao contrário do que deveria ser, assume um protagonismo punitivo muito relevante, ao lado de outros institutos pré-processuais e processuais também com carga

apresentado é não contabilizar, do universo de 172.551 quantos estão em liberdade vigiada e não demandando as supostamente existentes 83.860 vagas.

43 “É comum ouvirmos que só se prende no Brasil “preto e pobre”. O mais interessante, no entanto, é não sabermos o quanto. Certa vez, estive em um debate numa universidade sobre a crise no sistema prisional do Rio Grande do Norte, onde estava presente a Coordenadora para Igualdade Racial da Secretaria de Justiça do Estado. Na ocasião, afirmou-se que, no Rio Grande do Norte, os cárceres estavam superlotados de negros. O curioso foi que eu havia recebido no mesmo dia a fotografia de mais de trinta foragidos da maior penitenciária do Estado – e, entre eles, havia três negros. A par de toda essa questão, o que ficou claro desde esse dia é o fato de não sabermos quem está preso. Não se sabe quantos estão no cárcere, muito menos quem são essas pessoas: naturalidade, estado civil, gênero, orientação sexual, profissão, renda, escolaridade, cor”. (Rodrigues, Carvalho e Cordeiro, 2022, p. 128).

punitiva – meios ocultos de investigação,⁴⁴ medidas protetivas de urgência,⁴⁵ suspensão de exercício de atividade econômica, entre outras.⁴⁶ De um ponto de vista pragmático, são essas as *penas reais* com eficácia dissuasiva e retributiva, sentidas com maior brevidade, prescindindo de garantias constitucionais e sob o domínio exclusivo da burocracia penal e seu garantismo seletivo.⁴⁷

5 CONCLUSÃO

A incerteza sobre as penas e a confusa pluralidade de institutos despenalizadores produzem, ao mesmo tempo, sensações inconciliáveis: excesso de encarceramento e impunidade; insatisfação quanto à incapacidade do Estado e dele sempre esperar por soluções, conferindo-lhe mais poder e arbítrio.

Com efeito, há certa suspeita sobre o *jus puniendi* estatal e, notadamente, sobre um Judiciário com dificuldade de garantir segurança jurídica. Noutros termos, o contexto presente é apto a estigmatizar certos segmentos da sociedade como delinquentes a serem punidos com os rigores da lei e transformar a criminalidade habitual em beneficiária de um emaranhado rol de alternativas penais, sob um circunstancial ceticismo com o sistema punitivo.

O conceito de *pena real* constitui importante resultado desta pesquisa, porquanto permitirá elucidar as obscuridades na aplicação da sanção penal juridicamente posta e demonstrar tendências punitivas ou abolicionistas nos bastidores dos órgãos de persecução penal, e como esses elementos oscilam a depender da região do país analisada.

Uma possibilidade de desdobramento do conceito está em, considerados os institutos despenalizadores aplicáveis, produzir comentários aos tipos penais previstos no Código e na legislação extravagante com ênfase para as penas reais de cada conduta, sendo possível falsear uma a uma por pesquisas empíricas em unidades judiciárias com competência criminal ou de execução

44 “Os chamados métodos ocultos de investigação – categoria a que pertencem meios de obtenção de prova como: intromissões nas telecomunicações na diversidade de formas e manifestações, agentes encobertos e ‘homens de confiança’, observação oculta, videovigilância, ‘buscas on-line’, gravação de imagem ou de palavra com câmeras ou microfones ocultos (‘gravações ambiente’), IMSI-Catcher (IMEI), GPS etc”. (Andrade, 2009, p. 104-105).

45 É inegável o êxito das medidas protetivas de urgência de índole administrativa, porquanto antecipam a escalada da violência ao cessar a normalização da violência no ambiente doméstico. No entanto, cabe reconhecer também que possuem um forte viés punitivo, plasmado num ideário de *Law and Order*”. (Rodrigues, 2021, p. 176)

46 Em referência ao art. 319, VI, do CPP, afirma Lopes Jr. (2013, p. 155): “é medida extremamente gravosa e que deverá ser utilizada com suma prudência, sendo até mesmo de discutível constitucionalidade. Não se tutela o processo ou seu objeto, aproximando-se tal medida a uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena”.

47 A partir do que se discutiu neste trabalho, uma característica curiosa do movimento de despenalização brasileiro é um traço de seletividade. Em nota anterior, foram citados julgados importantes do STF (ADI n.º 4983 e ADO n.º 26) que expandiram incriminações e as consequentes penas de prisão. Isso mostra uma seletividade do garantismo penal da Corte, visto em demais julgados e na Súmula Vinculante n.º 56, ora avessa ao tradicional sistema punitivo de prisão, valendo-se dos teóricos revisitados na Seção 2, ora demandante dos rigores da privação de liberdade, superando até mesmo a necessidade de lei penal para criminalizar comportamentos e cominar penas (art. 5º, XXIX, da CF).

penal.

Outro resultado que merece destaque é a demonstração de referencial teórico sólido com pesquisas empíricas sobre os efeitos dissuasórios da pena de prisão e de outras sanções hipotéticas aptas a inibir a decisão de delinquir, o que, de um lado, contradiz a bibliografia da corrente agnóstica da pena e, de outro, retoma a perspectiva utilitarista da pena e sua teoria econômica – *vide* o artigo *Análise econômica do direito penal propriamente dita* (Rodrigues, 2023).

Embora comum na literatura jurídica, conforme amplamente citado, a teorização e a empiria sobre as *penas reais* abrem uma nova abordagem a respeito dos vícios presentes nas medidas judiciais cautelares (prisão preventiva, medida protetivas de urgência etc.) que guardam em si mesmas uma carga punitiva superior àquela da pena resultado de uma condenação criminal transitada em julgado.

O movimento de despenalização é presente em diversas correntes teóricas, no entanto, sobretudo naquelas mais radicais – abolicionismo e agnosticismo –, sofre de uma desconexão com os achados de pesquisas empíricas, ignora os indicadores de violência e não observa a elevada reincidência criminal, em que pese à vasta aplicação de medidas alternativas que inspiraram.

A sanção de privação de liberdade efetivamente cumprida em razão de condenação penal representa apenas uma fração daquilo que é ameaçado no tipo penal ou até mesmo torna-se inexistente. O Estado renuncia a execução da pena para a delinquência em geral sob o discurso de humanização do sistema punitivo, quando, na verdade, faz pouco para além disso, ou seja, humanizar é nada fazer a respeito da violência cotidiana.

Esse vácuo punitivo deixado pelo Estado é, formal e informalmente, preenchido por *penas reais*, (i) seja porque as próprias autoridades da persecução penal subvertem os valores fundantes do sistema de justiça – presunção de inocência e devido processo legal –, (ii) seja em virtude da sujeição de certas populações a regras de conduta estabelecidas pelo poder paralelo de milícias e organizações criminosas.

Uma reforma na legislação penal, à semelhança da realizada em 1984 com a edição da LEP e a revisão da parte geral do Código Penal, é fundamental para reaproximar a pena real aplicada com a pena abstratamente cominada. A reforma deve buscar um equilíbrio entre a expansão desnecessária e o abolicionismo do Direito Penal, simplificando o arranjo de institutos de exasperação e despenalização.

O objetivo principal deve ser a melhoria na precisão e na justiça da aplicação das penas, minimizando a ocorrência de erros e arbítrios por parte do Poder Judiciário. Esta abordagem não só promoverá maior transparência e equidade no sistema penal, como também fortalecerá a confiança pública na justiça e a eficácia das políticas de controle da criminalidade.

REFERÊNCIAS

- AMBASSADE DE FRANCE AU BRÉSIL. *A declaração dos direitos do homem e do cidadão*. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 25 ago. 2024.
- AMERICAN ECONOMIC ASSOCIATION. *Journal of economic literature codes*. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/econlit/jelCodes.php>. Acesso em: 25 jul 2023.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação. In: MONTE, Mário Ferreira *et al.* *Que futuro para o direito processual penal: simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999.
- BECKER, Gary Stanley. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of political economy: Essays in the economics of crime and punishment*, National Bureau of Economic Research, p. 169-217, 1968.
- BENTHAM, Jeremy. *Principles of penal law*. Adelaide: University of Adelaide Library, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITTENCOURT, Ila Barbosa. Livramento condicional. *Tomo Direito Penal*. 1 ed. Ago 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/418/edicao-1/livramento-condicional#:~:text=O%20livramento%20condicional%20pode%20ser,cumprimento%20de%20determinadas%20condi%C3%A7%C3%B5es%20impostas>. Acesso em: 24 ago. 2024.
- BORNIAS, Mauri. *Como a reforma pretende simplificar o sistema tributário brasileiro*. Consultor Jurídico, 30 jan. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-30/como-a-reforma-pretende-simplificar-o-sistema-tributario-brasileiro/#:~:text=A%20reforma%20tribut%C3%A1ria%20teve%20como,sistema%20mais%20claro%20e%20compreens%C3%ADvel>. Acesso em: 24 ago. 2024.
- BRUTSCHER, Diogo Emanuel. *Regime semiaberto harmonizado: meio de cumprimento de pena ante a desídia do Estado*. 2023. Monografia (Graduação em Direito) — Centro de Ensino Superior Cesul, Francisco Beltrão, PR. Orientador: Me. Luiz Carlos D’Agostini Junior.
- DELMANTO, Celso *et. al.* *Código penal comentado*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- DOUGLAS, Daniel Damasceno Amorim. *Cumprimento de pena no regime semiaberto em monitoramento eletrônico no Brasil: estudo empírico na perspectiva de reeducandos e magistrados*. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) — Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasília, 2024.
- EIDE, Erling. Economics of crime behavior. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de. *Encyclopedia of law & economics*, n.º 8100, p. 345-389, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENINE, Vladimir Ilitch. *O Estado e a revolução: a doutrina do marxismo sobre o estado e as tarefas do proletariado na revolução*. Lisboa: Editorial Avante, 1977.

LOPES JR. Aury. *Prisões cautelares*. 4 ed. São Paulo, Sariaiva, 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto do partido comunista*. Lisboa: Avante, 1997.

MENDES JÚNIOR, Cláudio. *Execução penal e direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010.

NATIONAL GEOGRAPHIC. *Robespierre e a época mais cruel da Revolução Francesa*. Disponível em: https://www.nationalgeographic.pt/historia/robespierre-e-a-epoca-mais-cruel-da-revolucao-francesa_2949. Acesso em: 25 ago. 2024.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1995.

PHILANTHROPY ROUNDTABLE. *Quaker prison reform*. Disponível em: <https://www.philanthropyroundtable.org/almanac/quaker-prison-reform/>. Acesso em: 25 ago. 2024.

POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. Análise econômica do direito penal propriamente dita. *Revista de Análise Econômica do Direito*. V. 6, Ano 3, São Paulo, jul./dez. 2023

RODRIGUES, Fillipe Azevedo; CARVALHO, Ivan Lira; CORDEIRO, Maria Eugenia Batista. *Política criminal e análise econômica do direito penal*. Natal; Polimatia, 2022.

RODRIGUES, Juliana Sampaio. *O estado de coisas inconstitucional como ativismo judicial estrutural e a judicialização da política penitenciária brasileira*. Artigo científico apresentado ao curso de Pós-Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em direito. Orientador: Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília, 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/2441/Artigo_Juliana%20Sampaio%20Rodrigues.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 24 ago. 2024.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2 ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Aspectos da economia do crime em unidades prisionais da região metropolitana de São Paulo: elementos teóricos e evidências empíricas. *Informe Gepec*, v. 28, n. 2, p 268-287, jul/dez 2024.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis. *Memórias de um pesquisador no cárcere*. Foz do Iguaçu: Idesf, 2018.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; BORILLI, Salete Polonia. Economia do crime: estudo de casos nas penitenciárias paranaenses. *Revista Análise Econômica*, v. 24, n. 46, p 4-32, 2006.

SILVA, Douglas. *O arrependimento posterior pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal?* Arrependimento posterior e aplicação da pena. Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-arrependimento-posterior-pode-reduzir-a-pena-abaixo-do-minimo-legal/610532692>. Acesso em: 24 ago. 2024.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* O crime e o criminoso: entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998

US HISTORY. Plate 24: Goal, in Walnut Street. Disponível em: https://www.ushistory.org/birch/plates/plate24.htm#google_vignette. Acesso em: 25 ago. 2024.

VARGAS, José Cirilo de. *Insituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema pena. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ASSOCIAÇÕES VIRTUAIS E VIOLÊNCIA SEXUAL CIBERNÉTICA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: ANÁLISE JURÍDICA E PROPOSTAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO

Kauã de Oliveira SANCHES¹

RESUMO

A era digital contemporânea, caracterizada pela ubiquidade tecnológica e reconfiguração das interações sociais, tem promovido o surgimento de novas modalidades criminosas no ciberespaço. Este artigo investiga como a ascensão de associações criminosas virtuais (ACVs) tem impulsionado a violência sexual cibernética contra crianças e adolescentes no Brasil, analisando os mecanismos de enfrentamento estatal necessários. A pesquisa emprega metodologia qualitativa baseada em análise documental, revisão bibliográfica e exame de relatórios investigativos. Os resultados demonstram que a violência sexual cibernética constitui uma metamorfose amplificada das agressões tradicionais, explorando as particularidades do ambiente digital para perpetrar atos de dominação. As ACVs, estruturadas conforme os critérios da Lei nº 12.850/2013, utilizam plataformas como Discord para coordenar ações criminosas através de "panelas" e "lulz" (ações violentas gamificadas), explorando a vulnerabilidade cognitiva de adolescentes tanto como agressores quanto como vítimas. O modus operandi revela sofisticação organizacional com divisão de tarefas, recrutamento estruturado e monetização do abuso. A análise evidencia que a maioria dos agressores são adolescentes entre 14 e 19 anos, enquanto as vítimas são predominantemente jovens mulheres entre 8 e 20 anos. O estudo propõe políticas públicas intersetoriais fundamentadas em três pilares: prevenção através de educação digital nas escolas e conscientização social; proteção mediante centros de atendimento multidisciplinares especializados; e repressão qualificada com capacitação policial em perícia digital. Conclui-se que o enfrentamento eficaz exige articulação contínua entre Estado, sociedade civil e setor privado, priorizando a proteção integral de crianças e adolescentes no ambiente digital.

PALAVRAS-CHAVE: Violência sexual cibernética. Associações criminosas virtuais. Políticas públicas. Proteção infantojuvenil. Segurança digital.

ABSTRACT

The contemporary digital era, characterized by technological ubiquity and reconfiguration of social interactions, has promoted the emergence of new criminal modalities in cyberspace. This article investigates how the rise of virtual criminal organizations (VCOs) has driven cyber sexual violence against children and adolescents in Brazil, analyzing the necessary state confrontation mechanisms. The research employs qualitative methodology based on documentary analysis, literature review, and examination of investigative reports. Results demonstrate that cyber sexual violence constitutes an amplified metamorphosis of traditional aggressions, exploiting the particularities of the digital environment to perpetrate acts of domination. VCOs, structured according to Law No. 12,850/2013 criteria, utilize platforms like Discord to coordinate criminal actions through "panelas" and "lulz" (gamified violent actions), exploiting the cognitive vulnerability of adolescents both as aggressors and victims. The modus operandi reveals organizational sophistication with task division, structured recruitment, and abuse monetization. Analysis shows that most aggressors are adolescents between 14 and 19 years old, while victims are predominantly young women between 8 and 20 years old. The study proposes intersectoral public policies based on three pillars: prevention through digital education in schools and social awareness; protection through specialized multidisciplinary care

1 Estudante de Graduação do 5º semestre do Curso de Direito do UniSalesiano. E-mail: kauasanches_@hotmail.com.

centers; and qualified repression with police training in digital forensics. It concludes that effective confrontation requires continuous articulation between State, civil society, and private sector, prioritizing comprehensive protection of children and adolescents in the digital environment.

KEYWORDS: Cyber sexual violence. Virtual criminal associations. Public policies. Child and adolescent protection. Digital security.

INTRODUÇÃO

A era contemporânea, marcada pela ubiquidade da tecnologia digital e pela reconfiguração das interações sociais, apresenta um paradoxo: ao mesmo tempo em que promove avanços significativos na comunicação e no acesso à informação, cria novos vetores para a manifestação de fenômenos sociais complexos e, por vezes, deletérios. Nesse cenário, a criminalidade não apenas se adapta, mas se metamorfoseia, encontrando no ciberespaço um ambiente propício para a proliferação de novas modalidades delitivas. Dentre estas, destaca-se a violência sexual cibernética (VSC), um fenômeno multifacetado que transcende as formas tradicionais de agressão, explorando as particularidades do ambiente digital para perpetrar atos de dominação e violação. A complexidade da VSC é amplificada pela ascensão de grupos organizados que se valem das ferramentas tecnológicas para coordenar e escalar suas ações. As Associações Criminosas Virtuais (ACVs) emergem como atores centrais nesse panorama, explorando o anonimato e a desterritorialização do ciberespaço para instrumentalizar a violência sexual, atingindo, de forma desproporcional, crianças e adolescentes, que são particularmente vulneráveis às táticas de aliciamento e coerção *online*. A percepção de impunidade e a sofisticada engenharia social empregadas por essas ACVs representam um desafio significativo para o sistema de justiça e para a proteção dos direitos fundamentais.

Diante da gravidade desse cenário, a presente pesquisa investiga como a ascensão de associações criminosas virtuais impulsiona a violência sexual cibernética contra crianças e adolescentes no Brasil. Adicionalmente, analisa-se de que maneira o Estado pode enfrentar esse fenômeno mediante políticas públicas eficazes, considerando aspectos sociais, culturais e estruturais. Para abordar essa questão central, o estudo tem como objetivo geral analisar a relação entre a crescente atuação das associações criminosas virtuais e a escalada da violência sexual cibernética contra crianças e adolescentes no Brasil, visando propor aportes para políticas públicas de enfrentamento eficazes.

São estabelecidos, ainda, objetivos específicos para conceituar a violência sexual cibernética, diferenciando-a de outras formas de violência e explorando sua interseção com o meio digital; caracterizar as Associações Criminosas Virtuais, detalhando sua estrutura, *modus operandi*,

métodos de recrutamento e o perfil de agressores e vítimas; identificar os desafios impostos pela natureza das ACVs e do ambiente digital para a repressão e prevenção da violência sexual cibernética; e, por fim, propor diretrizes para a formulação de políticas públicas intersetoriais de enfrentamento, abarcando as dimensões de prevenção, proteção às vítimas e repressão qualificada.

A relevância deste estudo justifica-se em múltiplas dimensões. Socialmente, o aprofundamento na compreensão das dinâmicas das ACVs e da VSC é crucial para proteger uma parcela da população extremamente vulnerável, mitigando os severos impactos psicológicos, sociais e jurídicos vivenciados pelas vítimas. Academicamente, o artigo contribui para a literatura sobre criminalidade cibernética, associações criminosas e políticas públicas no contexto brasileiro, um campo que exige constante atualização e interdisciplinaridade.

O estudo oferece subsídios para o aprimoramento da legislação e para a formulação de estratégias mais eficazes de atuação do Estado, reconhecendo a urgência de uma resposta proativa e articulada. Para alcançar os objetivos propostos, o presente artigo está estruturado em três seções principais. A primeira seção abordará a conceituação da violência sexual cibernética, delineando seus fundamentos e manifestações. A segunda seção dedicar-se-á à análise das Associações Criminosas Virtuais, explorando suas características, funcionamento e o impacto de suas ações na propagação da violência. Por fim, a terceira seção apresentará propostas de políticas públicas de enfrentamento, discutindo estratégias de prevenção, proteção e repressão qualificadas para o contexto brasileiro.

1 VIOLÊNCIA SEXUAL DIGITAL

O conceito de violência sexual cibernética não pode ser plenamente compreendido sem uma análise prévia dos conceitos de violência e de sua modalidade sexual, bem como do ambiente digital, e da forma como esses elementos se interligam.

O ato de conceituar violência tem sido tratado por centenas de anos, sendo que a cada tentativa, percebe-se que a violência é multifacetada e subjetiva. Por ser um fenômeno complexo e multicausal que atinge todas as pessoas e as afeta emocionalmente, a violência foge a qualquer conceituação precisa e cabal. Assim, em um primeiro momento, é imperioso tratar sobre a diferença entre violência e agressividade, pois muitas vezes são confundidas; contudo, na verdade, uma se trata de tipo e a outra de gênero.

Assim como a violência, a agressividade possui diversas espécies. De forma mais concisa e suficiente para o presente estudo, nas palavras de Freud (1980, p. 241-259), a agressividade é um impulso nato, essencial à sobrevivência, à defesa e à adaptação dos seres humanos.

Nesse sentido, trata-se de um elemento protetor que possibilita a construção do espaço interior do indivíduo, bem como a diferenciação crucial entre o *EU* e o *OUTRO*. Esta diferenciação é fundamental para o estabelecimento de limites psíquicos, formação da identidade e desenvolvimento da autonomia.

A agressividade também contribui para a formação do ego, conceituação psicanalítica, fortalecendo as defesas psíquicas e promovendo a organização da personalidade. Sua função adaptativa permite ao indivíduo responder adequadamente às demandas da realidade externa e às ameaças do ambiente. Portanto, a agressividade é um impulso natural e essencial ao ser humano que garante: sobrevivência, formação de identidade, desenvolvimento psíquico e adaptação, ou seja, é uma força vital estruturante do homem. No que tange à violência, tem-se que esta se trata de um substrato da agressividade, uma forma de manifestação impulsionada por fatores externos ao indivíduo.

Nesse sentido, relativamente aos fatores externos, nas palavras de Maria Cecília de Souza Minayo (2013, p. 3), a transformação da agressividade em violência é um processo ao mesmo tempo social e psicossocial para o qual contribuem as circunstâncias sociais, o ambiente cultural, as formas de relações primárias e comunitárias e, também, as idiossincrasias dos sujeitos. Uma vez exposto que a violência caminha em conjunto com os fatores externos, é crucial reconhecer suas diversas manifestações, que podem ser físicas, psicológicas, morais, patrimoniais e sexuais, cada uma delas refletindo a imposição de poder e a violação da integridade do outro. Com a emergência e a ubiquidade dos ambientes digitais, tais formas de violência encontraram novos vetores e alcances, dando origem à violência digital – um campo que engloba todas as modalidades de agressão perpetradas ou facilitadas por meios eletrônicos e redes de comunicação. Nesse contexto, dentre as várias manifestações da violência, a violência sexual, transcende a mera expressão de um impulso sexual descontrolado, configurando-se intrinsecamente como um ato de poder e controle, que visa à subjugação e à violação da autonomia e integridade da vítima. Quando essa violência sexual se utiliza dos meios digitais, ela assume a forma da violência sexual cibernética, foco deste estudo.

Conforme elucida Minayo (2003, p. 13-26), a violência sexual caracteriza-se pela imposição de uma relação de poder desigual, onde o agressor utiliza a sexualidade do outro como um meio para exercer domínio, humilhar e desumanizar. O ato sexual é, assim, desvirtuado de sua natureza consensual e transformado em um instrumento de coerção e anulação da vontade.

Por fim, para compreender os fenômenos digitais contemporâneos, é imperativa uma análise das transformações sociotecnológicas que moldaram a civilização moderna. O desenvolvimento tecnológico não constitui um processo isolado, mas sim um reflexo direto das

necessidades e dinâmicas sociais de cada período histórico.

A análise dos ciclos de inovação tecnológica revela padrões consistentes de transformação social. Hobsbawm (1995, p. 25-26; 2012, p. 13; 2015, p. 25-26) documenta como as sucessivas ondas de modernização industrial redefiniram não apenas os métodos produtivos, mas fundamentalmente as bases da organização social.

O período inaugural da industrialização, emergente no século XVIII, estabeleceu os primeiros paradigmas de mediação tecnológica nas relações humanas através da mecanização. Este processo intensificou-se durante o século XIX com a eletrificação e a padronização produtiva, criando novas formas de organização coletiva e interdependência social. O século XX testemunhou uma aceleração exponencial desse processo com a informatização e a emergência das redes de comunicação digital. A década de 1970 marca um ponto de inflexão histórico: pela primeira vez, a tecnologia transcende sua função instrumental para tornar-se um meio de mediação social direta.

Esta progressão histórica evidencia um princípio fundamental: as modalidades de interação social determinam e são determinadas pelas tecnologias disponíveis. Consequentemente, as manifestações de conflito e violência evoluem paralelamente às transformações nos padrões interacionais.

Nesse sentido, a *internet*, como fenômeno sociológico, representa mais que uma inovação técnica — constitui uma nova arquitetura social. Castells (1996, n.p) teoriza essa transformação através do conceito de "sociedade informacional", onde as redes digitais redefinem as estruturas de poder, comunicação e organização coletiva.

O ambiente digital não elimina os impulsos agressivos inerentes à natureza humana; ao contrário, oferece novos canais e modalidades para sua expressão. A virtualização das relações sociais implica, necessariamente, na virtualização dos conflitos sociais.

A hibridização entre espaços físicos e digitais cria territorialidades inéditas onde se desenvolvem novas formas de sociabilidade. Cesar Junior (2018, n.p) identifica nos algoritmos os elementos estruturantes dessas interações, configurando ambientes onde as relações humanas assumem características específicas do meio digital.

Esta realidade impõe uma reflexão crítica: se toda forma de organização social gera seus próprios padrões de conflito, a sociedade digital inevitavelmente produzirá modalidades específicas de violência adaptadas às suas características estruturais.

A desterritorialização das relações sociais através das tecnologias digitais não representa uma ruptura com padrões históricos de comportamento humano, mas sim sua adaptação a novos contextos interacionais. A persistência da violência nas sociedades digitais confirma que, independentemente do meio tecnológico, as tensões inerentes à convivência humana encontram

formas de manifestação adequadas aos canais disponíveis.

Portanto, a evolução tecnológica deve ser compreendida como um processo de transformação das modalidades das interações humanas, concluindo-se que enquanto existirem formas de interação social — sejam físicas, digitais ou híbridas — existirão também manifestações de conflito e violência adaptadas a essas modalidades interacionais.

Em síntese, a violência, fenômeno inerente e adaptável às interações humanas, demonstra notável capacidade de reconfiguração frente às transformações sociais e tecnológicas. A emergência da era digital e da 'sociedade em rede' não aboliu os padrões de conflito, mas ofereceu novos meios e contextos para sua manifestação. Nesse cenário, a violência sexual, intrinsecamente ligada à dinâmica de poder e subjugação, encontra no ciberespaço um terreno fértil para se metamorfosear em formas de agravo inéditas e de alcance amplificado.

Embora o Título VI do Código Penal Brasileiro concentre a tipificação da maioria dos crimes sexuais, a complexidade e a mutabilidade da violência exigem uma análise mais aprofundada quando ela se manifesta no ambiente digital. A violência sexual cibernética, nesse contexto, não é apenas uma nova forma de cometimento de crimes já existentes, mas uma modalidade que incorpora características específicas do meio digital e, fundamentalmente, se alinha a uma compreensão mais ampla da violência baseada em gênero.

Nesse sentido, nas palavras dos autores Lee e Lee (2024, p. 1, tradução nossa) crimes sexuais cibernéticos são:

[...] ações que envolvem o uso não autorizado de câmeras (incluindo as de smartphones) para gravar e distribuir secretamente imagens íntimas de indivíduos sem o consentimento deles, bem como o assédio sexual em ambientes online.

Complementarmente, os autores ampliam o conceito, demonstrando que a violência sexual cibernética abrange também:

[...] compartilhar conteúdo que possa causar constrangimento sexual através de plataformas digitais sem consentimento, manipular e distribuir versões sexualmente explícitas de fotos publicamente compartilhadas junto com informações pessoais, aliciar vítimas via plataformas online para prepará-las para exploração sexual, e ameaçar distribuir gravações de atividades obscenas durante videochamadas.

Complementarmente, os autores ampliam o conceito, demonstrando que a violência sexual cibernética abrange também: [...] compartilhar conteúdo que possa causar constrangimento sexual através de plataformas digitais sem consentimento, manipular e distribuir versões sexualmente explícitas de fotos publicamente compartilhadas junto com informações pessoais, aliciar vítimas via plataformas *online* para prepará-las para exploração sexual, e ameaçar distribuir gravações de atividades obscenas durante videochamadas.

A violência sexual no ambiente digital é uma metamorfose de atos ilícitos com potencial de dano amplificado. Suas diversas formas – pornografia de vingança, extorsão sexual, aliciamento de menores, *cyberbullying* sexual – violam a dignidade e autonomia da vítima. A ubiquidade, anonimato e disseminação instantânea do ciberespaço dão a esses atos um alcance sem precedentes, com consequências nas dimensões psicológica, social e jurídica: trauma, ansiedade, depressão, estigma social, exclusão e danos à reputação. O dano é insidioso pela sua perpetuidade digital, causando sofrimento contínuo.

Essa análise reafirma a urgência de compreender a VSC para formular respostas legais, desenvolver estratégias de prevenção, apoiar vítimas e conscientizar a sociedade sobre a gravidade e complexidade desse fenômeno contemporâneo.

2 ASSOCIAÇÕES CRIMINOSAS VIRTUAIS

A emergência de crimes em ambientes digitais, embora possam ser praticados por um único indivíduo ou por grupos informais, adquire uma complexidade particular com a ascensão das associações criminosas virtuais (ACVs). A natureza dessas ACVs impõe a necessidade de abordagens de enfrentamento que se distinguem das demais formas de delito, exigindo uma compreensão aprofundada de sua estrutura e dinâmica.

Para contextualizar a natureza das ACVs, é fundamental, inicialmente, delinear o conceito de associação criminosa e sua manifestação no ambiente virtual.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Penal (Lei nº 2.848/1940) estabelece o conceito de associação criminosa. Conforme o Art. 288, da referida lei:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.
Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos
Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Em relação à modalidade virtual, as associações criminosas, incluindo suas variantes virtuais, possuem um forte aspecto cultural e social, caracterizando-se por sua notável capacidade de evolução e adaptação a diversas situações (Arlacchi, 2009, p. 115).

O Brasil, atualmente, apresenta uma elevada penetração digital. Dados da 35ª edição da Pesquisa Anual do Centro de Tecnologia de Informação Aplicada sobre o Mercado Brasileiro de TI e Uso nas Empresas (2024, p. 1) indicam 258 milhões de celulares inteligentes em uso e aproximadamente 384 milhões de dispositivos portáteis, além de 222 milhões de computadores. Nesse cenário de vasta conectividade, a migração e o surgimento de práticas criminosas no ambiente digital tornam-se um fenômeno esperado. A crescente utilização da internet para interações sociais tem impulsionado uma reconfiguração da demanda por parte dessas associações,

resultando no desenvolvimento de novas estruturas delituosas focadas exclusivamente no ambiente digital.

A problemática é acentuada pela natureza do ambiente virtual. Este, devido à percepção de baixa fiscalização, fomenta o anonimato e a sensação de impunidade. Nesse contexto, Raufer (2019, p. 36, tradução nossa) assevera:

Em contraste, no universo digital, o caos criminal corre solto, e a sociedade ainda nem começou a reconhecer os perigos reais que isso trará em breve. Em suma, toda tentativa de regulamentar o ciberespaço falhou em impedir que ele se tornasse, nas palavras do ex-presidente dos EUA Barack Obama, um 'Velho Oeste selvagem e anárquico', onde qualquer um pode saquear e pilhar à vontade, com risco mínimo para si mesmos
Complementarmente, Raufer (2019, p. 38, tradução nossa) destaca:
De forma muito mais realista, o ciberespaço é fundamentalmente o feudo de titãs libertários cínicos, cujo único objetivo é acumular bilhões, permanecendo completamente indiferentes à atividade criminosa, à pirataria e ao descarado saque dos dados privados de seus clientes

Desse modo, o anonimato proporcionado pela *internet* emerge como um fator preponderante, se não o principal, para o florescimento de associações criminosas virtuais. A percepção de impunidade, decorrente da dificuldade em se estabelecer a autoria de delitos *online*, incentiva a incidência, uma vez que as chances de responsabilização são percebidas como mínimas.

No entanto, as ACVs levam essa dinâmica a um novo patamar, impulsionando a violência através de um anonimato amplificado e uma percepção de impunidade coletiva. A diluição da responsabilidade em um grupo, onde a culpa é pulverizada entre muitos, cria um santuário de impunidade que encoraja os participantes a transcenderem seus próprios limites morais. O que seria uma barreira individual para a prática de certos atos se dissolve na coletividade digital, onde a desinibição e a conformidade com as normas do grupo prevalecem.

Essa "desindividualização" não apenas protege o agressor da responsabilização, mas também o incentiva a cometer atos mais graves, sabendo que sua identidade estará blindada pelo manto da associação. Assim, o anonimato deixa de ser uma característica passiva do meio para se tornar uma ferramenta ativa de fomento e escalada da violência.

Ao aprofundar-se nas particularidades das ACVs, torna-se essencial caracterizar os agressores envolvidos e suas vítimas. Assim, Letícia Oliveira e Tatiana Azevedo (2024, p. 3), em seu relatório investigativo, expõem:

A idade dos envolvidos também é incógnita, e, por isso, mentir a idade tornou-se rotina, levando à existência de jovens casais com diferença de idade que beiram os dez anos, onde a parte mais jovem pode chegar a 11 anos de idade. A romantização da relação entre pares de idades (e, principalmente, amadurecimento) tão díspares é frequentemente observada nas postagens.

A idade dos envolvidos também é incógnita, e, por isso, mentir a idade tornou-se rotina, levando à existência de jovens casais com diferença de idade que beiram os dez anos, onde a parte mais jovem pode chegar a 11 anos de idade. A romantização da relação entre pares de idades (e,

principalmente, amadurecimento) tão díspares é frequentemente observada nas postagens. A crescente problematidade e a dinâmica do ambiente *online* têm, contudo, atraído a atenção das autoridades policiais, legislativas e judiciárias. A análise de reportagens jornalísticas sobre prisões relacionadas a esses crimes (DIREITO NEWS, 2023; METRÓPOLES, 2024; MPMT, 2023; O GLOBO, 2025) sugere que a faixa etária predominante dos agressores situa-se entre 14 e 19 anos, ou seja, são adolescentes. Isso revela uma informação de extrema importância: os agressores são jovens, muitos deles, adolescentes.

Em análise deste fator, é necessário explicitar que a adolescência é um momento de extrema fragilidade cognitiva do indivíduo. Como explica Steinberg (2010, p. 459), o desenvolvimento do autocontrole é linearmente progressivo ao longo da adolescência, tornando esse período especialmente vulnerável à desregulação comportamental e emocional. Além disso, Steinberg (2010, p. 459, tradução nossa) aponta que o desenvolvimento do autocontrole progride linearmente ao longo desse período, tornando-o "especialmente vulnerável à desregulação comportamental e emocional". Adicionalmente, estima-se que o encéfalo só atinja a plena maturidade por volta dos 25 anos (Sawyer et al., 2018, tradução nossa, p. 223-228), o que reforça a hipótese da fragilidade cognitiva antes desse marco.

Nesse estágio de descobertas e aquisição de conhecimento, a exposição à *internet* sem supervisão adequada pode levar a comportamentos de risco, dado que o contexto social exerce um papel decisivo na cognição do adolescente. Vivências traumáticas, exposição a situações de risco, uso de substâncias psicoativas e privação socioeconômica podem afetar negativamente processos atencionais, memória e habilidades executivas (Luna et al., 2015, tradução nossa; Carneiro e Ribeiro, 2015, p. 124-138). A fragilidade da adolescência manifesta-se justamente na instabilidade emocional, no amadurecimento incompleto das funções executivas e na busca por pertencimento social, tornando os jovens mais suscetíveis a influências externas e experiências potencialmente marcantes.

É nesse contexto que se insere o desenvolvimento da sexualidade, um processo natural e fundamental dessa fase da vida, que implica descobertas, experimentações e a construção da identidade sexual. A conexão entre esses conceitos se evidencia, portanto, quando observamos que a formação da sexualidade durante a adolescência ocorre em meio a esse terreno instável de maturação cognitiva e emocional. A exposição precoce a conteúdos digitais, aliada à ausência de supervisão adequada e à intensidade das vivências típicas do período, pode potencializar comportamentos impulsivos e riscos — como o *sexting* ou o compartilhamento de imagens íntimas — que impactam diretamente a maneira como o adolescente percebe, vivencia e constrói sua sexualidade. Salienta-se ainda que os agressores, em sua maioria, pertencem à geração de

adolescentes afetados pela pandemia da COVID-19, que experimentaram uma predominância do ambiente digital para a expressão da sexualidade durante seu desenvolvimento. Portanto, fica evidente que a vulnerabilidade inerente à adolescência não apenas facilita, mas em certa medida orienta e impacta o aprendizado e desenvolvimento sexual saudável (Kumar, 2013, p. 74–80). Diante de uma sociedade cada vez mais digitalizada, onde os limites entre intimidade e exposição se tornam difusos, compreender a inter-relação entre esses dois eixos é fundamental para o desenvolvimento de estratégias preventivas e de apoio que promovam uma sexualidade saudável e protegida entre os jovens.

Para aprofundar a caracterização desses agressores, é imperativo analisar a interação social de jovens na internet.

Historicamente, plataformas como o TeamSpeak (TeamSpeak, 2025), criado em 1999, ofereceram comunicação por voz para comunidades de jogos. No entanto, sua estagnação tecnológica ao longo dos anos o tornou obsoleto para a comunidade de jogadores, abrindo caminho para novas soluções. Com o lançamento do Discord em 2015, surgiu uma alternativa que se destacou pela possibilidade de criar grupos de comunicação permanentes, denominados “servidores”. A popularização da plataforma facilitou o contato contínuo entre grupos de amigos e propiciou o surgimento de novas amizades (Discord, 2024).

É importante salientar que essas associações não se limitam às plataformas mencionadas, havendo outras que surgiram após a problematização e o acionamento das autoridades.

A plataforma Discord é predominantemente utilizada por adolescentes.

Face a essa realidade, o software Discord oferece a funcionalidade de criar “servidores”, que são grupos gerenciados por administradores (ADMs), além da possibilidade de criar “*nicknames*” (apelidos virtuais). Para além da simples funcionalidade de “servidores” e “*nicknames*”, é crucial compreender como a própria arquitetura do Discord se torna um facilitador estrutural para a atuação dessas ACVs. O modelo de privacidade por *design*, em que os servidores são privados e o acesso ocorre por convites, somado à possibilidade de criar canais segmentados e de acesso limitado, dificulta imensamente o monitoramento e a detecção de atividades ilícitas.

A moderação, delegada aos próprios donos dos servidores, revela-se um ponto crítico, pois, como aponta o Oliveira; Azevedo (2024, p. 8):

Este modelo de moderação é extremamente problemático porque coloca nas mãos dos donos dos servidores a responsabilidade de banir usuários que apresentem comportamento de ódio, por exemplo, porém quando o servidor é criado justamente com o propósito de disseminar comportamento de ódio ou praticar crimes, os encarregados pela moderação podem ser tolerantes, incentivar e até privilegiar usuários que demonstrem esse comportamento. E sem interferência da plataforma.

Ademais, a arquitetura impõe desafios significativos para a investigação: a ausência de uma base de dados completa de servidores e a possibilidade de usuários alterarem seus *nicknames* e *usernames* a qualquer momento e inúmeras vezes dificultam a identificação e o rastreamento dos criminosos. A efemeridade de grande parte das ações criminosas também é um ponto estrutural, uma vez que muitas atividades ilegais são realizadas em chamadas de áudio e vídeo ('*calls*') que não são gravadas nativamente, tornando-as irrecuperáveis e inacessíveis à moderação posterior, a menos que um participante as grave.

Os ADMs são integrantes destes grupos que possuem poder dentro do servidor, como alterar nomes de usuários, impor regras, modificar a estrutura dos canais de comunicação, silenciar membros e, por fim, atribuir cargos que conferem poderes ou reconhecimento, já os "*nicknames*", poderiam ser qualquer coisa a sua escolha, desde que os administradores do servidor permitissem. A moderação desses servidores ocorre pelos próprios integrantes, e mesmo quando o *software* toma alguma medida após denúncias, sua eficácia é questionável. Conforme Thiago Tavares (2023), presidente da SaferNet Brasil, em citação pela Agência Pública: "Os termos de uso existem, mas [a moderação] é absolutamente precária. Eles não conseguem aplicar os termos de uso corretamente e os canais de interlocução no Brasil com as instituições que trabalham com sistemas é ou precário ou inexistente.

A resiliência dessas ACVs é outro aspecto estrutural que merece destaque. Mesmo diante de ações de moderação ou intervenções das autoridades, essas associações demonstram uma notável capacidade de adaptação. As jornalistas Oliveira; Azevedo, (2024 p. 8-9) observa que:

Quando o Discord é acionado para moderar um servidor, este é derrubado conjuntamente com as contas envolvidas na infração. O que se observa, porém, é que já prevendo esta ação, os donos de servidores geram contas e servidores reserva, restabelecendo prontamente sua rede após banimentos. Assim, proliferam servidores voltados à produção e disseminação de conteúdos extremos.

Essa prática de manter contas e servidores de "*backup*" é uma evidência clara de uma estrutura organizacional planejada, visando a continuidade das atividades criminosas e a evasão das medidas de controle, reafirmando a natureza sofisticada dessas associações. Diante disso, com o decorrer do tempo, os participantes desses "servidores" perceberam o anonimato proporcionado pelas redes, ainda mais acentuado pelas políticas internas do *software*, tornando-se agressores, pois a partir disso, desenvolveram as chamadas "panelas" – pequenas comunidades no Discord, compostas por adolescentes e jovens adultos (os "pandeiros").

A razão pela qual jovens que interagem em jogos virtuais podem se tornar agressores sexuais reside na formação de grupos com indivíduos de sua mesma faixa etária e interesses, onde o anonimato proporcionado pelos "*nicknames*" e a ausência de supervisão externa criam um ambiente

propício para a experimentação sexual e a exposição de ideias sem censura, facilitando a desinibição e a adesão a comportamentos de risco. Para além das 'panelas' isoladas, a análise revela uma profunda interconectividade entre diferentes subculturas extremistas, notadamente a influência da subcultura *channer*. Por fim, conforme Oliveira e Azevedo (2024, p. 19) estabelece que os usuários de chans têm migrado para plataformas de baixa moderação, como Discord e Telegram, influenciando o comportamento dos usuários destas redes sociais, em especial dos mais jovens.

Essa migração dissemina ideologias e táticas já consolidadas em ambientes mais antigos de ódio, como a prática da "atrelação" (tática de intimidação e vingança, popularizada no Dogolachan, que consiste em atribuir crimes a inimigos para que sejam denunciados às autoridades). Além disso, a estrutura dessas ACVs não se limita a convites informais; há processos de recrutamento mais formalizados. Algumas dessas associações operam com servidores de recrutamento específicos, onde potenciais novos membros passam por avaliações rigorosas antes de serem admitidos no 'servidor principal', que é restrito a indivíduos de confiança. Nesse sentido, o Oliveira e Azevedo (2024, p. 25) demonstra isso ao mencionar que os interessados eram convidados para o servidor de recrutamento "XYZ", onde passavam por avaliações antes de serem convidados para o servidor principal, que era acessível apenas aos membros de confiança.

Tal estratificação e o uso de contas reserva no servidor de recrutamento (para proteger a identidade dos membros do servidor principal) demonstram uma associação e cautela que vão muito além de agrupamentos informais, evidenciando uma verdadeira estrutura de associação criminosa dedicada à perpetuação de suas atividades. Nesse sentido, para explorar a temática da vítima, é fundamental, conjuntamente, expor o *modus operandi* dessas associações.

De início, cabe destacar que convém explicitar que as vítimas, em sua maioria, tratam-se de jovens mulheres, entre 8 e 20 anos, conforme apontado pelas investigações diante destas prisões.

As "panelas", são realizadas e transmitidas ao vivo, com plateia, atividades genericamente denominadas *lulz*. O termo *lulz*, derivado do acrônimo LOLs (*lots of laughs* – muitas risadas) ou práticas de entretenimento violento, é de uso comum na internet. Contudo, foi ressignificado pelos paneleiros para designar uma série de ações violentas e criminosas que ocorrem nesses servidores, geralmente através de chamadas de vídeo com horário marcado e anúncio em outros servidores para angariar plateia. Desse modo, o estudo realizado por Letícia Oliveira e Tatiana Azevedo (2024, p. 3), expõe que o acesso às "panelas" ocorre por meio de convite. Normalmente, os *links* não são divulgados publicamente, a fim de manter dentro da "panela" apenas membros do círculo de confiança do núcleo. Assim, o "ADM" pode atribuir funções e poderes, bem como captar vítimas, figura que será detalhada adiante. Diante da temática da exposição da vítima, Paulo Zsa Zsa, em sua obra (2025, p. 35) "Aconteceu com a minha filha: uma história real dos abismos sombrios da

internet”, relata que, ao proporcionar à sua filha um ambiente digital sem restrições, motivado por sua própria criação analógica e sem liberdade, ela se tornou vítima dessas ACVs, quase tirando a própria vida. Esse relato ressalta a extrema importância do papel dos pais nessas situações, que devem compreender que a internet, sem supervisão, pode ser mais perigosa do que a exposição física desprotegida.

Concernente ao *modus operandi* desses grupos, os delitos são praticados, em suma, de forma individual ou coletiva. Dentro dessa complexa estrutura de ACVs, a utilização de *bots* emerge como uma ferramenta tecnológica que intensifica e automatiza as práticas criminosas. *Bots* são programas automatizados que podem ser integrados aos servidores do Discord para realizar diversas tarefas. No contexto das associações criminosas virtuais, eles são empregados para atividades maliciosas como *phishing* (obtenção de informações confidenciais através de *links* fraudulentos) e distribuição de *malware*. Mais alarmante ainda, como destacado no Oliveira e Azevedo (2024, p. 10):

Mesmo bots criados sem intenção maliciosa podem ser um problema: em servidores interessados em gerar conteúdo de lulz, bots gerados para criar missões (ações a serem cumpridas em troca de prêmios) podem servir para gamificar atitudes de ódio e crimes virtuais sem que necessariamente o agressor precise ter contato com a vítima.

Sob a ótica da nova realidade do isolamento social, o *webnamoro* – relacionamento amoroso virtual à distância – tornou-se ainda mais popular, sendo frequentemente explorado por essas associações.

Na modalidade de agressão individual, a prática busca favorecer a “panela” e ocorre principalmente por meio do *webnamoro*. Nesse sentido, a investigadora criminal Carla Aburquerque, uma das principais vozes no recente enfrentamento a essas associações, explicou no *podcast* “Achismos” (TrueCrime, 2023, 24min~29) que a manipulação por parte do agressor se inicia com um relacionamento virtual que avança como se fosse comum, e em determinado momento, o agressor obtém imagens íntimas (*nudes*) da vítima e, posteriormente, sob o pretexto de uma “prova de amor”, solicita acesso a informações pessoais, como *login* e senha. A partir da captação desses dados, a vítima passa a ser ameaçada e extorquida pelo agressor, que condiciona o não vazamento de seus dados, a não comunicação a seus pais ou a não exposição de seus *nudes* na escola ao cumprimento de seus desejos. Além disso, complementarmente Carla Aburquerque expõe que a vítima é compelida a realizar atos degradantes, como masturbação ou automutilação em frente às câmeras, e até mesmo tentativas de suicídio, lesões corporais ou maus-tratos a animais. Essas exigências são enquadradas em crimes como estupro virtual, pornografia de vingança (*Revenge Porn*), extorsão sexual (*Sextortion*), aliciamento de menores (*Grooming*) e *Cyberbullying* sexual, os quais se desenrolam nas sessões de *lulz*. A realização dessas “missões” serve como um mecanismo

para o agressor ascender hierarquicamente na associação criminosa, garantindo maior poder e capacidade de recrutar novas vítimas. No tocante à conduta coletiva, esta ocorre de maneira gradual, na qual o indivíduo que deseja elevar seu patamar na associação precisa realizar desafios. Exemplos incluem escrever o nome da “panela” em seu corpo ou em áreas erógenas com uma lâmina, ou até mesmo segurar uma placa com o nome do dono do servidor ou de alguém com nível superior ao seu na associação criminosa.

Salienta-se que nem todos os participantes dessas *lulz* são necessariamente agressores, conforme expõem Oliveira e Azevedo (2024, p. 16) em seu relatório:

Os membros que engajam nas sessões de *lulz* podem participar de maneira ativa (como o objeto da violência, perpetrador da agressão ou como incentivador da violência, seja por texto ou voz) ou passiva (assistindo à sessão sem pronunciar-se). As vítimas são predominantemente do gênero feminino. Animais como gatos, cachorros, pássaros, sapos e outros animais de pequeno porte são frequentemente violentados em sessões de tortura animal. Os agressores são, majoritariamente, do sexo masculino.

Além da finalidade de satisfação da lascívia, há um claro intuito de obter vantagem financeira. Nessas *lulz*, o acesso é restrito e pago, o que indica que a monetização do conteúdo gerado a partir da exploração das vítimas é um motivador crucial para a continuidade e expansão dessas atividades criminosas Oliveira e Azevedo (2024, p. 16). Além disso, há uma clara divisão de tarefas entre os membros dessas ACVs, pois a existência destes cargos atribui uma função para cada um dos integrantes. Sendo que um deve captar a vítima e compartilhar com os indivíduos seu controle, enquanto outro, ordenar o que ela deve fazer durante a *lulz*; um salvar a filmagem, enquanto outro coordena aqueles que assistem.

Portanto, a análise detalhada das Associações Criminosas Virtuais (ACVs) revela que estas se enquadram plenamente nos requisitos para serem caracterizadas como organizações criminosas. Como exaustivamente demonstrado ao longo deste capítulo, elas operam com um número de participantes que excede o mínimo legal, possuem uma estrutura intrínseca — ainda que informalmente estabelecida — com clara divisão de tarefas, e visam a obtenção de benefícios, sejam eles de natureza sexual ou financeira, através da execução de infrações penais.

É essa capacidade organizacional, munida de uma segmentação de funções precisa, que confere às OCVs a habilidade de ir além do alcance de um agressor isolado, catapultando a violência sexual cibernética para dimensões sem precedentes. Cada integrante, com sua especialização em distintas etapas do ciclo criminoso – abrangendo desde o aliciamento e o processo de *grooming*, a coordenação das sessões de abuso, até a produção e comercialização do material ilícito – age como um componente indispensável em uma sofisticada engrenagem de abuso e exploração.

Essa especialização não apenas otimiza o número de vítimas alcançadas, mas também

refina as táticas de manipulação e coerção, tornando-as mais eficazes e difíceis de serem detectadas. A violência, nesse contexto, deixa de ser um ato isolado para se tornar um processo industrializado de vitimização.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO

A ascensão das Associações Criminosas Virtuais (ACVs) na perpetração de crimes sexuais digitais contra crianças e adolescentes no Brasil exige uma resposta estatal que transcenda a reatividade, pautada por uma estratégia proativa e intersetorial. A complexidade do fenômeno, marcada pela estrutura das ACVs, pela cultura de desumanização, pelo recrutamento de vulneráveis, pelo anonimato e pelo uso estratégico da tecnologia, inviabiliza soluções simplistas. Impõe-se, portanto, a construção de um arcabouço de enfrentamento multifacetado, que atue nas dimensões da prevenção, proteção às vítimas, repressão qualificada e responsabilização dos atores digitais. Nesse sentido, o pilar da prevenção é fundamental para mitigar as vulnerabilidades e desconstruir as bases culturais que alimentam as ACVs, empoderando indivíduos e comunidades frente aos riscos cibernéticos. Diante disso, a escola emerge como o epicentro da promoção de uma educação digital que vá além do uso instrumental, fomentando pensamento crítico, segurança e ética no ciberespaço. Assim, propõe-se a inserção de um currículo integrado e transversal sobre segurança digital, privacidade *online*, *cyberbullying*, reconhecimento de *grooming*, direito à imagem e sexualidade responsável. Tais conteúdos, obrigatórios em todas as etapas da educação básica, devem adaptar-se à faixa etária e empregar metodologias interativas.

Complementarmente, a formação continuada e multidisciplinar de educadores é incontornável, qualificando-os para identificar sinais de aliciamento e para o manejo pedagógico de temas sensíveis.

Por fim, cabe destacar que por tratarem-se de adolescentes, a problemática não se curva somente diante do Estado, mas recai por óbvio, em seus responsáveis. Consequentemente, o engajamento de pais e responsáveis é igualmente vital através de programas de conscientização que abordem os riscos *online*, fomentem o diálogo e o monitoramento parental responsável. Campanhas de conscientização social ampliada, veiculadas em todas as plataformas (mídia tradicional e digital), devem desmistificar a violência cibernética, expor a lógica das "*lulz*" e da gamificação da violência, e promover ostensivamente os canais de denúncia, garantindo sigilo e proteção.

A importância da supervisão parental é corroborada por relatos como o de Paulo Zsa Zsa, que em sua obra "Aconteceu com a minha filha: uma história real dos abismos sombrios da *internet*" (2025, p. 50), descreve como a ausência de acompanhamento digital em sua filha resultou em sua vitimização por ACVs, apesar de indícios de perigo.

Adicionalmente, o acolhimento e a proteção da vítima são cruciais para mitigar os danos psicológicos e sociais, garantindo assistência humanizada e a possibilidade de buscar justiça, evitando a revitimização. A complexidade do trauma exige atendimento especializado, humanizado e multidisciplinar.

Propõe-se a criação e expansão de centros de atendimento multidisciplinares dedicados exclusivamente a crianças e adolescentes vítimas de violência sexual digital. Estes núcleos de excelência devem contar com equipes especializadas (psicólogos, psiquiatras infantojuvenis, assistentes sociais, advogados) para compreender as dinâmicas de *grooming*, coerção *online* e "lulz".

Além disso, é imperativo o desenvolvimento e implementação de protocolos padronizados que priorizem a sensibilidade, evitem a revitimização institucional e considerem as especificidades da violência *online*, como a dificuldade de apagar o rastro digital.

O atendimento deve ser contínuo, focado na recuperação do trauma e na ressignificação da experiência, utilizando abordagens terapêuticas baseadas em evidências para o Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT) complexo.

Por fim, o apoio psicológico e a orientação jurídica para famílias e responsáveis são imprescindíveis, visto que a família é a primeira rede de proteção. Devem ser oferecidos suporte psicológico e grupos de apoio para auxiliar pais e responsáveis a lidar com o choque, o estigma e as demandas emocionais, além de orientação jurídica contínua sobre os direitos da vítima, processos de denúncia e medidas protetivas.

Embora não detalhados exhaustivamente, a repressão qualificada e a responsabilização dos atores digitais são pilares complementares cruciais. Isso implica na capacitação das forças policiais e do judiciário em perícia digital e investigação de crimes cibernéticos, bem como na cooperação com plataformas digitais para a remoção ágil de conteúdo ilícito e a identificação de agressores. A implementação efetiva dessas propostas exige uma articulação contínua entre os diversos atores governamentais, sociedade civil e setor privado, visando a construção de um ambiente digital mais seguro e protetivo para crianças e adolescentes.

CONCLUSÃO

A ascensão de associações criminosas virtuais (ACVs) dedicadas à prática de crimes sexuais digitais contra crianças e adolescentes representa, conforme delineado neste artigo, um dos desafios mais prementes e complexos para a sociedade brasileira contemporânea. A problemática central, que aborda como essas facções impulsionam a violência sexual cibernética e de que maneira o Estado pode combatê-la, demonstrou a intrínseca conexão entre a natureza multifacetada

da violência, a ubíqua transformação digital e a formação de estruturas criminosas adaptadas a esse novo ambiente.

A análise inicial estabeleceu que a violência sexual cibernética não é meramente uma extensão da agressividade humana, mas uma manifestação adaptada e amplificada pelo meio digital. As diversas formas de agravo – como pornografia de vingança, extorsão sexual e aliciamento de menores – encontram no ciberespaço um terreno fértil para sua metamorfose, perpetuando danos psicológicos, sociais e jurídicos de alcance inédito e de difícil remediação.

Em seguida, o estudo aprofundou-se nas ACVs, demonstrando que essas entidades transcenderam agrupamentos informais para se configurar como verdadeiras associações criminosas, em conformidade com a Lei nº 2.848/1940. A exploração do anonimato, a arquitetura de plataformas como o Discord, os métodos sofisticados de recrutamento, o uso de "painéis" e "lulz" (ações violentas gamificadas) e a utilização de *bots* revelaram um *modus operandi* planejado, que explora a vulnerabilidade cognitiva e emocional de adolescentes, muitas vezes cooptados como agressores. A vitimização de jovens mulheres, entre 8 e 20 anos, e a clara intenção de lucro financeiro e satisfação sexual, industrializam o abuso e amplificam seu impacto.

Diante da gravidade e da complexidade desse cenário, este artigo sublinhou a imperatividade de políticas públicas robustas e intersetoriais. Os pilares da prevenção, proteção e repressão se mostram interdependentes para uma resposta eficaz. A prevenção, por meio de uma educação digital abrangente e ética nas escolas, formação de educadores e engajamento parental, visa munir crianças e adolescentes com o discernimento necessário para navegar no ambiente *online*. A proteção, focada em centros de atendimento multidisciplinares humanizados e protocolos padronizados, busca mitigar os traumas das vítimas e evitar a revitimização. Por fim, a repressão qualificada, com capacitação policial e judiciária em perícia digital, e a responsabilização efetiva dos atores e plataformas digitais, completam o arcabouço necessário.

Conclui-se que o enfrentamento à ascensão de ACVs e à violência sexual cibernética contra crianças e adolescentes no Brasil exige mais do que ações pontuais; demanda um compromisso contínuo do Estado, da sociedade civil e do setor privado. A eficácia das políticas públicas dependerá da capacidade de adaptação às rápidas transformações tecnológicas e sociais, da articulação de esforços entre as diversas esferas governamentais e da priorização absoluta da proteção dos direitos de crianças e adolescentes no ambiente digital, visando a construção de um futuro mais seguro e justo para as próximas gerações.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PÚBLICA. **Discord desobedece às próprias regras e permite conteúdo violento e**

extremista. Agência Pública, 18 abr. 2023. Disponível em: <https://apublica.org/2023/04/discord-desobedece-as-proprias-regras-e-permite-conteudo-violento-e-extremista/>. Acesso em: 30 jun. 2025.

ARLACCHI, G. **Criminal organizations and resilience.** Trends in Organized Crime, v. 12, n. 2, p. 114-118, jun. 2009. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1756061609000330>. Acesso em: 05 mar. 2025.

BRANDÃO, Caio. **Grupo de ódio no Discord: violência é tratada como forma de entretenimento, diz delegada que evitou ataque a morador de rua.** O Globo, Rio de Janeiro, 21 abr. 2025. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/noticia/2025/04/21/grupo-de-odio-no-discord-violencia-e-tratada-como-forma-de-entretenimento-diz-delegada-que-evitou-ataque-a-morador-de-rua.ghtml>. Acesso em: 03 mar. 2025.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 abr. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Dispõe sobre a introdução do Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 7 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 7 jul. 2025.

CARNEIRO, C.; RIBEIRO, L. M. A. Adolescência, modernidade e a cultura dos direitos. Interthesis, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 176-196, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2015v12n1p176>. Acesso em: 5 jun. 2025.

CASTELLS, Manuel. **The Rise of the Network Society.** Cambridge, MA; Oxford, UK: Wiley-Blackwell, 1996. 656 p. n.p.

CESAR JUNIOR, Roberto Marcondes. **O mundo mediado por algoritmos: sistemas lógicos que sustentam os programas de computador têm impacto crescente no cotidiano.** [Entrevistador Bruno de Pierro]. Revista Pesquisa FAPESP [online], Ed. 266, abr. 2018. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/o-mundo-mediado-por-algoritmos/>. Acesso em 14 abril. 2024.

DIREITO NEWS. **Polícia prende suspeito de criar grupo no Discord para “estupro virtual”.** 27 jul. 2023. Disponível em: <https://www.direitonews.com.br/2023/07/policia-prende-suspeito-criar-grupo-discord-estvpr0-virtual.html>. Acesso em: 03 jun. 2025.

DISCORD. **About – Company.** 2024. Disponível em: <https://discord.com/company>. Acesso em: 03 jun. 2025.

OLIVEIRA, Letícia; AZEVEDO, Tatiana. **Relatório: atrocidades no Discord.** [S. l.]: El Coyote, 2024. Disponível em: <https://elcoyote.net/wp-content/uploads/2025/05/DISCORD-relatorio2024sgbr.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2025.

FREUD, S. **Por que a guerra?** In: Obras completas. Rio de Janeiro: Imago, 1980. p. 241-259. v.22.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS DE SÃO PAULO. CENTRO DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO APLICADA. **Pesquisa Anual FGVcia sobre o Mercado Brasileiro de TI e Uso nas Empresas: 35. ed.** São Paulo: FGV EAESP, 2024. 10 p. Disponível em: https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/u68/pesti-fgvcia-2024_0.pdf. Acesso em: 09 ag. 2025.

HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. 532 p.

HOBBSAWM. **A era dos impérios: 1875 - 1914.** Rio de Janeiro: Paz & Terra; Edição Revista, 2012. 790 p.

HOBBSAWM. **Era dos extremos: O breve século XX - o breve século xx: 1914-1991.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 632 p.

KUMAR, M. M.; LIM, R.; LANGFORD, C.; SEABROOK, J. A.; LYNCH, T. **Sexual knowledge of Canadian adolescents after completion of high school sexual education requirements.** Paediatrics and Child Health (Canada), v. 18, n. 2, p. 74–80, 2013. DOI: 10.1093/pch/18.2.74. Disponível em: <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC3567900/>. Acesso em: 30 jun 2025.

LEE, Eugene; LEE, Hye Eun. **The Relationship between Cyber Violence and Cyber Sex Crimes: Understanding the Perception of Cyber Sex Crimes as Systemic Issues.** Children, Basel, v. 11, n. 6, p. 1-17, jun. 2024. Disponível em: <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC11201677/>. Acesso em: 30 jun. 2025.

LUNA, B. et al. **Maturation of cognitive processes from late childhood to adulthood.** Child Development, v. 86, n. 1, p. 124-138, 2015. Tradução nossa. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15369519/>. Acesso em: 30 jun 2025.

METRÓPOLES. **Jovem acusado de estupros em grupo no Discord é condenado em SP.** Metrôpoles, São Paulo, 03 jul. 2025. Disponível em: <https://www.metropoles.com/sao-paulo/jovem-estupros-discord-condenado>. Acesso em: 02 jul. 2025.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Conceitos, teorias e tipologias de violência: a violência faz mal à saúde individual e coletiva.** In: IMPACTOS da violência na saúde. [S. l.]: [Editora], 2013. p. 3-26. Disponível em: <https://cdn.campogrande.ms.gov.br/portal/prod/uploads/sites/26/2019/10/7-ARTIGO-Conceitos-teorias-e-tipologias-de-viol%C3%A2ncia-Artigo.pdf>. Acesso em 16 jun. 2025.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO. **Polícia prende suspeito de criar grupo no Discord para estupro virtual.** Portal CAO, 28 out. 2022. Disponível em: <https://www.mpmt.mp.br/portalcao/news/722/126790/policia-prende-suspeito-de-criar-grupo-no-discord-para-estupro-virtual/518>. Acesso em: 02 jul. 2025.

RAUFER, Xavier. **A (Guided) Tour of the Digital Wild West.** International Journal of Criminology, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 46, 2019. DOI: 10.18278/ijc.7.1.5. Disponível em: <https://www.criminologyjournal.org/a-guided-tour-of-the-digital-wild-west.html>. Acesso em: 03 jul. 2025.

SAWYER, S. M. et al. **The age of adolescence.** The Lancet Child & Adolescent Health, v. 2, n. 3, p. 223-228, 2018. Tradução nossa. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30169257/>. Acesso em: 03 jun 2025.

STEINBERG, L. **A dual systems model of adolescent risk-taking**. *Developmental Psychobiology*, v. 52, n. 3, p. 216-224, 2010. Tradução nossa. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/dev.20445>. Acesso em 03 jun 2025.

TRUECRIME. [Podcast] **Achismos**. [s. l.]: **TrueCrime**, 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=wylQAq_ecBY. Acesso em: 07 mai 2024.

UOL. **Ataque a morador de rua é tramado em grupo no Discord, diz polícia**. Notícias UOL, 20 abr. 2025. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2025/04/20/ataque-morador-de-rua-discord.htm>. Acesso em: 03 jun. 2025.

ZSA ZSA, Paulo. **Aconteceu com a minha filha: uma história real dos abismos sombrios da internet**. São Paulo: Geração, 2024.

AVISO DE MIRANDA E O DIREITO AO SILÊNCIO: ANÁLISE DA APLICAÇÃO NAS ABORDAGENS POLICIAIS E NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL À LUZ DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Yara GREYCK¹

Yasmim Zanuto LEOPOLDINO²

RESUMO

O presente estudo aborda o direito à não autoincriminação, especialmente o direito ao silêncio, conhecido pelo brocardo jurídico *nemo tenetur se detegere*, examinando sua aplicação tanto na fase da abordagem policial quanto no interrogatório judicial. Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE nº 1.177.984/SP, reconheceu a repercussão geral sobre a obrigatoriedade estatal de informar o preso sobre o direito ao silêncio já no momento da abordagem policial, ampliando a proteção constitucional além do interrogatório formal. Ademais, a análise contempla o entendimento dos Tribunais Superiores quanto ao direito ao silêncio parcial ou seletivo durante os interrogatórios, demonstrando sua compatibilidade com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência. Por meio de revisão bibliográfica, documental e da análise de jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), evidencia-se que o direito ao silêncio pode ser exercido de forma integral, parcial ou seletiva pelo acusado, cabendo à defesa a escolha da estratégia mais adequada, assegurando a efetividade da defesa sem comprometer a persecução penal. O trabalho, portanto, propõe parâmetros jurídicos e operacionais para que as polícias brasileiras respeitem esses direitos fundamentais durante suas abordagens, garantindo segurança jurídica e eficiência no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Abordagem policial; Direito ao silêncio; Dignidade da pessoa humana; RE nº 1.177.984/STF.

RESUMEN

Este trabajo aborda el derecho a no autoincriminarse, especialmente el derecho al silencio, conocido como el brocardo legal *nemo tenetur se detegere*, examinando su aplicación tanto en la fase de aproximación policial como durante el interrogatorio judicial. Recientemente, el Pleno del Supremo Tribunal Federal (STF), en lo juicio del RE nº 1.177.984/SP, reconoció la repercusión general de la obligación del Estado de informar al preso del derecho al silencio en el momento de la aproximación policial, extendiendo la protección constitucional más allá del interrogatorio formal. Además, el análisis considera el entendimiento de los Tribunales Supremos sobre el derecho al silencio parcial o selectivo durante los interrogatorios, demostrando su compatibilidad con los principios constitucionales de dignidad humana, debido proceso legal, defensa plena y presunción de inocencia. Por medio de una revisión bibliográfica y documental y del análisis de la jurisprudencia reciente del Supremo Tribunal Federal (STF) y del Superior Tribunal de Justicia (STJ), queda claro que el derecho al silencio puede ser ejercido de forma total, parcial o selectiva por el acusado, correspondiendo a la defensa elegir la estrategia más adecuada, garantizando la eficacia de la defensa sin comprometer la persecución penal. Por lo tanto, el documento propone parámetros jurídicos y operativos para que la policía brasileña respete estos derechos fundamentales durante sus abordajes, garantizando la seguridad jurídica y la eficacia del proceso penal.

1 Mestranda pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP. Especialista em Ciências Penais e em Segurança Pública e Inteligência pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Escrivã PCSP. S. J. Rio Preto, São Paulo.

2 Mestranda pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pela Instituição PROJURIS Ourinhos/SP. Advogada. Ourinhos, São Paulo.

PALABRAS-CLAVE: Acercamiento policial; Derecho al silencio; Dignidad de la persona humana; RE nº 1.177.984/STF.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, os Tribunais Superiores do Brasil, especialmente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), vêm adotando posicionamentos que ampliam a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos no âmbito do processo penal.

A exemplo disso, no âmbito do STJ, a Sexta Turma, no Habeas Corpus 598.886/SC³, estabeleceu que o reconhecimento de pessoas deve observar rigorosamente o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, assegurando formalidades mínimas que protegem os direitos do suspeito. Essa decisão tornou-se referência em mais de uma centena de julgamentos das Turmas Criminais do STJ, ressaltando a importância da observância dessas garantias processuais para a legitimidade do reconhecimento e a proteção do acusado.

A seu turno, o STF reconheceu a repercussão geral da controvérsia acerca da obrigatoriedade de informar o direito ao silêncio no momento da abordagem policial, ultrapassando o entendimento restrito de que a referida garantia constitucional deveria ser comunicada no momento do interrogatório formal (RE 1.177.984/SP)⁴, o que poderá uniformizar os protocolos operacionais das forças policiais em todo o país.

O direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII da Constituição Federal e fundamentado no princípio *nemo tenetur se detegere*⁵, assegura que o acusado não seja compelido a produzir prova contra si mesmo e que seu silêncio não seja interpretado negativamente, em respeito à presunção de inocência. Entretanto, debates judiciais recentes abordam a extensão e a aplicabilidade de tal garantia fundamental, como a possibilidade do exercício parcial desse direito, quando o réu opta por responder apenas a perguntas formuladas pela defesa, silenciando perante a acusação ou o juiz, gerando controvérsias sobre seu alcance e aplicação prática.

Diante desse cenário, o presente trabalho propõe uma análise aprofundada da evolução histórica, legal e jurisprudencial do direito ao silêncio no Brasil, com enfoque nas implicações para os protocolos policiais e a efetividade da persecução penal. Busca-se oferecer, à luz das decisões dos Tribunais Superiores, embasamento para a atuação dos agentes de segurança pública, conciliando a proteção dos direitos fundamentais do cidadão e a eficácia da repressão criminal,

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus nº 598.886/SC (2020/0179682-3). Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Brasília, 27 de outubro de 2020.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.177.984/São Paulo. Relator: Ministro Edson Fachin, Brasília, 2 de dezembro de 2021.

5 Expressão em latim que pode ser traduzida como “ninguém é obrigado a se incriminar”. O princípio da não autoincriminação vai muito além do direito de permanecer em silêncio durante interrogatórios, expresso pelo art. 5º, LXIII, da CF, abrange o direito de defesa e de um processo justo.

fortalecendo, assim, o sistema acusatório e o respeito ao devido processo legal.

Este estudo fundamenta-se em revisão bibliográfica qualitativa, examinando os dispositivos constitucionais, legislativos e a recente jurisprudência do STF e do STJ, objetivando contribuir para a compreensão e adequada aplicação do direito ao silêncio, especialmente na fase da abordagem policial, momento crucial para o exercício das garantias fundamentais e para a segurança jurídica das ações policiais.

2 DOS PRESSUPOSTOS E DA PREVISÃO LEGAL DO DIREITO AO SILÊNCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

A origem do direito ao silêncio e do princípio contra a autoincriminação remonta às antigas civilizações e evoluiu ao longo da história jurídica, consolidando-se como garantia fundamental nos sistemas democráticos contemporâneos. Sua trajetória inicia-se na antiguidade, com referências a códigos como o de Hamurabi, as Leis de Manu, o direito hebraico e as tradições do Egito, que já explicitamente proibiam obrigar alguém a testemunhar contra si mesmo.

Contudo, a formulação mais clara desse princípio surge na Idade Média, a partir do manual processual *Speculum Iudiciale*, elaborado por William Durantis em 1296, onde se afirma que “ninguém deve ser obrigado a confessar seus crimes a outrem, apenas a Deus,” expressando a máxima latina *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*⁶.

Segundo Queijo (2012)⁷, esse manual exemplifica a primeira manifestação explícita da proibição de obrigar o acusado a produzir provas contra si próprio. Essa ideia reforçava, sobretudo, a noção de que a confissão deveria ser uma relação entre o indivíduo e Deus, ausente de coerção por parte de terceiros. Assim, durante a Idade Média, predominava a proteção ao direito de não autoincriminação, ainda que sua aplicabilidade estivesse muitas vezes limitada pelas práticas da época, como o uso de tortura e o emprego de tortuosos métodos de interrogatório, que minavam os direitos do acusado.

Helmholz (1997) complementa que esse princípio tem origem em um comentário feito por Crisóstomo sobre a carta do apóstolo Paulo aos Hebreus, no Novo Testamento⁸. Crisóstomo afirmou que as pessoas não devem trair ou acusar a si mesmas em público, mas apenas revelar seus atos a Deus.

6 O princípio contra a autoincriminação é expresso por meio de várias máximas latinas, tais *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém pode ser forçado a testemunhar contra si próprio) *nemo tenetur se ipsum accusare*, *nemo tenetur se ipsum prodere* (nenhuma pessoa pode ser obrigada a trair-se a si mesma em público).

7 Maria Elizabeth Queijo (op. cit. pp. 26-35) afirma que na antiguidade havia o dever de juramento no interrogatório, a presunção de culpa oriunda do silêncio do acusado e o emprego de tortura para obtenção da confissão. Da mesma forma, nas civilizações clássicas e na Idade Média, havia o emprego de tortura para obtenção da confissão, além disso, na Idade Média, o interrogatório era meio de prova, não se justificando o direito ao silêncio.

8 Os relatos estão em Marcos 14:53-65, Mateus 26:57-68, Lucas 22:63-71 e João 18:12-24.

Couceiro (2004) destaca a "regra das duas testemunhas", baseada em textos bíblicos, segundo a qual um testemunho só seria válido se confirmado por ao menos duas pessoas, evitando injustiças causadas por testemunho singular. Essa predominância do sistema inquisitorial por vários séculos retardou a evolução do princípio, que só ganhou força efetiva com os ideais iluministas do século XVIII, os quais influenciaram diversas legislações europeias. Sobre o assunto, o autor dispõe:

(...) relata que o princípio ganhou diversos significados correlatos: o direito genérico de não autoincriminação; o direito de não ser interrogado pelo juiz; e o direito de permanecer em silêncio quando interrogado. O desenvolvimento do princípio fortaleceu o direito de o réu abster-se de qualquer ação de autoincriminação e de não ser forçado a apresentar provas comprometedoras (COUCEIRO, 2004, p. 27).

Bittencourt, Klein e Fabriz (2022) explicam que a Revolução Francesa, em 1789, configurou um divisor de águas ao universalizar os direitos sociais e liberdades individuais, expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Nesse contexto, o direito a não autoincriminação evoluiu significativamente durante o constitucionalismo inglês do século XVII e foi posteriormente incorporado pelas treze colônias norte-americanas, tendo seu primeiro reconhecimento formal na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, que estabelecia que ninguém poderia ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Já em 1789, o princípio ora debatido foi consagrado na Constituição dos Estados Unidos, por meio da Quinta Emenda, que dispõe que “ninguém [...] será compelido, em qualquer processo criminal, a ser testemunha contra si mesmo”.

À vista disso, em 1966, no caso *Miranda vs. Arizona*, a Suprema Corte americana definiu, como decorrência do *privilege against self-incrimination*, a exigência do dever de advertir o acusado ou suspeito sobre o seu direito de permanecer em silêncio, bem como à assistência de advogado. Em síntese, Ernesto Miranda foi preso em sua residência, levado à delegacia e, após um interrogatório de duas horas, confessou estupro e sequestro, assinando uma declaração de que sua confissão foi livre e voluntária. Contudo, não foi informado de seus direitos ao silêncio, à presença de um advogado, ou de que suas declarações poderiam ser utilizadas contra ele. Sua defesa alegou que a confissão foi involuntária, decorrente de sua ignorância desses direitos⁹.

Sobre o tema, Barroso ressalta a importância do julgamento da Suprema Corte Americana em 1966, conhecido como *Miranda x Arizona*, que instituiu a obrigação de advertir previamente o suspeito sobre seu direito ao silêncio, popularizado como “Aviso de Miranda”:

Nesse julgamento, ficou decidido que declarações feitas ou assinadas por acusados perante autoridade policial só poderiam ser utilizadas posteriormente em processo judicial se fossem observadas determinadas salvaguardas. Entre essas cautelas, destacava-se a obrigatoriedade de informar ao indivíduo seu direito de permanecer em silêncio, bem como

9 Integra do acórdão em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>.

adverti-lo de que tudo o que fosse declarado poderia ser usado contra ele (BARROSO, 2023, p. 274).

Diante do exposto, verifica-se que o julgamento procedido pela Suprema Corte Americana foi relevante para o estabelecimento de contornos para a aplicação do direito ao silêncio e do princípio da não autoincriminação, o que influenciou na interpretação do referido direito e princípio pelo Poder Judiciário do Brasil.

Segundo Queijo (2003), o direito ao silêncio não surgiu de forma imediata ou isolada. Assim como todos os direitos fundamentais, ele foi se construindo e se consolidando historicamente, ganhando reconhecimento nos sistemas democráticos, em virtude da consolidação do princípio de que o acusado ou investigado não tem o ônus de provar sua inocência, nem deve ser compelido a colaborar com a investigação.

No Brasil, essa garantia está expressamente prevista na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e no Código de Processo Penal de 1941 (BRASIL, 1941). Trata-se de um direito fundamental que se vincula a outras garantias, como a liberdade moral e a intimidade, estando ainda diretamente relacionado a princípios constitucionais processuais penais, a exemplo do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

No Título II, da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, especificamente no Capítulo I, dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, encontra-se o artigo 5º, inciso LXIII, que dispõe sobre os direitos do preso, conforme abaixo transcrito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Além disso, a previsão do direito ao silêncio e à não autoincriminação encontra-se estabelecida em importantes pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Primeiramente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) passou a vigorar no Brasil em 24 de abril de 1992. Em seu artigo 14, inciso 3, alínea “g”, o PIDCP assegura expressamente a toda pessoa acusada o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

De igual modo, o Pacto de San José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos, passou a vigorar no Brasil a partir de 25 de setembro de 1992, por meio da promulgação do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. No seu artigo 8, o Pacto consagra o direito de toda pessoa acusada de delito à presunção de inocência enquanto sua culpa não for legalmente comprovada, garantindo durante o processo, em plena igualdade, o direito de

não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

No âmbito do processo penal, o legislador infraconstitucional expressamente registrou, no art. 186 do Código de Processo Penal (CPP), o direito ao silêncio do acusado, estabelecendo que: “depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder a perguntas que lhe forem formuladas” (BRASIL, 1941).

Esse direito ao silêncio também se aplica à oitiva do indiciado na fase do inquérito policial ou durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, conforme previsto no art. 6º, inciso V, do mesmo Código, que determina: “ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura”.

Gonçalves e Reis (2022) enfatizam que o exercício do direito ao silêncio não deve acarretar qualquer prejuízo ao indiciado ou ao acusado, rejeitando, dessa forma, o disposto no artigo 198 do Código de Processo Penal, conforme segue:

O exercício do direito ao silêncio, por sua vez, não pode provocar qualquer consequência negativa para o réu, o que permite concluir que a parte final do artigo 198 do Código, que prevê que o silêncio ‘poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz’, não foi recepcionada pelo atual sistema constitucional. Dessa maneira, o juiz deve desconsiderar, para fins probatórios, o fato de o acusado ter se silenciado, uma vez que tal conduta não pode ensejar presunção de culpabilidade. (GONÇALVES; REIS, 2022, p. 339)

Nucci (2024) destaca que os princípios constitucionais processuais penais, como a presunção de inocência e o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), são fundamentais para o direito penal. Ao tratar da confissão, ele ressalta que essa é um meio de prova que deve ser formalizada por ato solene, público e devidamente registrado. Por isso, confissões obtidas por meios informais, como entrevistas policiais fora da delegacia, não têm validade jurídica, uma vez que o interrogatório formal é o momento adequado para sua realização, garantindo as formalidades legais. Nesse sentido, o autor destaca:

A exigência de que a confissão seja feita perante a autoridade competente afasta do âmbito da confissão os depoimentos realizados por policiais fora da delegacia, como, por exemplo, durante o trajeto do local do crime até o distrito policial. Nesses casos, tais declarações devem ser consideradas testemunhos, e não confissões. O ato precisa ser solene, público e formalmente registrado, pois o interrogatório é o momento adequado para sua realização, respeitando as formalidades legais. (NUCCI, 2024, p. 190)

Conforme destacado por Lopes Jr. (2018), processo penal deve ser interpretado à luz da Constituição, servindo como instrumento para efetivar garantias constitucionais, legitimando-se somente se for democrático e constituído a partir da Constituição. Ainda que seu reconhecimento expresso não existisse, o direito ao silêncio já estava implicitamente presente em direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a ampla defesa e a

presunção de inocência.

Assim, o princípio *nemo tenetur se detegere* está diretamente conectado a esses direitos e garantias fundamentais, que são inerentes ao modelo acusatório e expressamente previstos na Constituição Federal, nos artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos LIV, LV e LVII.

A respeito disso, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, é um fundamento essencial do Estado Democrático de Direito no Brasil, inspirando direitos fundamentais e limitando o poder estatal. Originado em influências cristãs, que valorizavam o ser humano como criado à imagem de Deus, e ampliado pelo Iluminismo e pensamento kantiano, o princípio atribui um valor intrínseco ao ser humano, independentemente de normas jurídicas. Sobre o assunto, Paula de Barcellos traz o seguinte conceito:

A dignidade humana pode ser descrita como um fenômeno cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado. De forma bastante geral, trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica (BARCELLOS, 2019, pag.108)

Conforme vê-se, o direito ao silêncio está intrinsecamente ligado a esse princípio, refletindo a proteção da dignidade do acusado no processo penal, assegurando que ele não seja obrigado a se autoincriminar ou ser submetido a tratamento degradante. Lopes Jr (2022) destaca que a valorização da dignidade humana é um pressuposto básico do sistema acusatório brasileiro, que, embora não previsto expressamente, é interpretado como garantido pela Constituição.

Mendes e Branco (2023) reforçam que os direitos fundamentais formam a base da proteção da dignidade da pessoa e que a Constituição é o instrumento adequado para consagrar essas normas. O Supremo Tribunal Federal reconhece o direito ao silêncio na proteção dos direitos individuais e como expressão do princípio da dignidade humana. (BRASIL, 2019).

Diante do exposto, verifica-se que o direito ao silêncio visa garantir que o acusado seja tratado com respeito e dignidade, podendo optar por se manifestar ou não, sem sofrer coerção. A criação do Juiz de Garantias pela Lei nº 13.964/2019 reforça essa proteção, assegurando o respeito à imagem e dignidade do imputado, inclusive prevendo crimes contra presos que sofram abusos de autoridade (BRASIL, 2019).

Em outro turno, cumpre observar que o direito ao silêncio também está intrinsecamente ligado ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Esse princípio, originário dos ideais iluministas do século XVIII¹⁰, é também assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/92), garantindo que todo acusado seja presumido inocente enquanto não comprovada legalmente sua culpa.

Historicamente, antes da consolidação do direito à não autoincriminação, predominava o "princípio da presunção de culpabilidade", onde o acusado tinha o ônus de provar sua inocência, e seu silêncio era visto como prejudicial, frequentemente levando à condenação. Atualmente, o ônus da prova cabe ao Estado, e o direito ao silêncio é uma decorrência do princípio da presunção de inocência, permitindo que o acusado não seja obrigado a falar caso isso possa prejudicar sua defesa.

Do mesmo modo, o princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição, assegura que ninguém seja privado de liberdade ou bens sem um procedimento justo. Segundo Lopes Jr (2018), esse princípio é uma garantia fundamental para a legitimidade da punição no processo penal. Além disso, o devido processo legal não visa a impunidade nem impede a justiça, mas garante um julgamento justo, limitando o poder estatal e protegendo os direitos do acusado, destacando que o processo é o caminho legítimo para a aplicação da sanção penal.

Ademais, o direito ao silêncio também está intimamente ligado ao princípio da ampla defesa, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, aliado ao princípio do contraditório. No contexto do interrogatório, a defesa pessoal pode ser positiva (resposta ativa do réu às perguntas e apresentação de provas) ou negativa, que consiste na escolha do silêncio. Com a legislação das Leis nº 10.792/2003 e 11.719/2008, o interrogatório passou a ser considerado um ato de defesa, concretizando um desdobramento do direito à ampla defesa e à autodefesa.

Tucci (2004) reforça que o direito ao silêncio está ligado aos princípios da presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, sendo essencial para a autodefesa do acusado em todas as fases do processo penal. Essas garantias, fundamentadas na dignidade humana, impedem que o indivíduo seja tratado como mero objeto pelo Estado. Assim, o direito de permanecer calado e de não se autoincriminar é garantido aos acusados em qualquer fase do procedimento, e seu exercício não prejudica o réu.

A desobediência ao direito ao silêncio constitui abuso de autoridade, conforme a Lei n. 13.869/2019¹¹, que prevê pena para quem constranger pessoa a depor contra sua vontade ou

10 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Revolução Francesa em 1789, refletiu essa mudança de pensamento ao afirmar no seu artigo 9º que "todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado". Essa declaração, inspirada nos ideais iluministas, foi um marco importante na consolidação da presunção de inocência como um direito fundamental.

11 O abuso de autoridade, conforme a Lei nº 13.869/2019, ocorre quando um agente público, no exercício de suas

prosseguir com interrogatório após a decisão de exercer o silêncio. Em síntese, o direito ao silêncio é um pilar fundamental do processo penal democrático, protegendo a dignidade, intimidade e a presunção de inocência do acusado, devendo ser rigorosamente respeitado pelas autoridades em todas as fases do processo penal.

3 EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO: LIMITES DE APLICABILIDADE E TEMAS CONTEMPORÂNEOS

No contexto processual penal brasileiro, a revelação de traços de personalidade antiética ou de condutas sociais inadequadas do acusado perante o juízo pode influenciar na fixação da pena acima do mínimo legal, com fundamento nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (ARAS, 2010, p. 260). Tal cenário revela a complexidade da temática da mentira no âmbito jurídico, demandando equilíbrio entre a proteção dos direitos do acusado e a preservação da integridade da justiça.

Conforme delineado no capítulo anterior, o princípio do *nemo tenetur se detegere* assegura ao réu o direito de não produzir provas contra si mesmo, o que, em tese, permitiria a possibilidade de mentir. Contudo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência impõem limites a essa possibilidade, sobretudo quando a mentira prejudica a busca pela verdade processual e os direitos de terceiros. Assim, apesar de o acusado ter o direito de permanecer em silêncio ou até mesmo de mentir, a mentira pode gerar consequências negativas para sua defesa e para o processo.

Nesse sentido, tramita atualmente a Proposta de Lei 3148/21, que propõe a inclusão do crime de perjúrio no Código Penal, definido como a prática de fazer afirmação falsa ou negar a verdade enquanto investigado ou parte em processo ou investigação. Segundo o autor da proposta, "o perjúrio do acusado é um abuso do direito de defesa" (CÂMARA, 2022).

Em outro norte, observa-se que a confissão, discutida neste trabalho como uma forma de defesa do acusado, figura como meio de prova, nos termos dos artigos 197 a 200 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e deve ser feita por livre e espontânea vontade, com orientação do defensor, caso o acusado assim deseje. Optou-se por abordar especialmente a confissão parcial, por sua relação íntima com o direito ao silêncio parcial, tema central no capítulo que se segue.

A confissão parcial ocorre quando o acusado admite parte dos fatos imputados, colaborando parcialmente com a investigação. Por exemplo, no caso de latrocínio, o acusado pode confessar o roubo, mas negar o resultado morte, configurando assim uma confissão parcial (STOCO, 2020). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece essa modalidade

funções ou com pretexto de exercê-las, pratica atos que excedem os limites de suas atribuições ou que, embora dentro de sua competência, são realizados com finalidade ilícita. A lei deixa claro que o ato abusivo deve ser intencional, com o objetivo de prejudicar alguém ou obter vantagem indevida.

como atenuante da pena, conforme ilustrado no seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO PARCIAL. RÉU QUE ADMITE A SUBTRAÇÃO, MAS NÃO A VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A confissão parcial, em que o réu admite parte dos fatos a ele imputados, deve ser considerada para atenuar a pena, nos termos do art. 65, III, d, do Código Penal, bastando que tenha servido para embasar a condenação. Precedentes. 2. Embora a mera subtração tipifique o crime de furto, também constitui uma das elementares do delito de roubo, crime complexo, consubstanciado no furto associado ao constrangimento - violência ou grave ameaça -, daí a configuração da confissão parcial. 3. Agravo improvido. (AgRg no REsp n. 1.681.917/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe de 6/11/2017).

A Súmula nº 545, do Superior Tribunal de Justiça, complementa ao estabelecer que "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal." Contudo, segundo Neto (2013), a confissão parcial não tem o mesmo peso que a confissão total, cabendo ao juiz arbitrar um grau menor de redução de pena nesses casos.

Durante o desenvolvimento deste estudo, surgiu uma questão central acerca da possibilidade do réu exercer o direito ao silêncio de forma parcial, mediante uma interpretação extensiva desse direito e levando em conta a figura da confissão parcial. Nesse contexto, entende-se que, se o acusado pode confessar parcialmente, também pode optar por se calar parcialmente, pois não revela todos os fatos relacionados à sua suposta participação no crime. Assim, o direito ao silêncio e a confissão, embora distintos em sua natureza, passam a ser considerados elementos complementares da autodefesa assegurada constitucionalmente.

Dessa maneira, o direito ao silêncio — seja na sua modalidade total ou parcial — e a confissão parcial coexistem como prerrogativas do acusado, ambos indispensáveis para a efetivação de um processo penal democrático. Tal sistema há de ser pautado no respeito irrestrito à dignidade da pessoa humana e na garantia da presunção de inocência.

Por derradeiro, conclui-se que, historicamente, o direito ao silêncio foi compreendido de forma absoluta, onde o réu no interrogatório escolhia entre permanecer completamente em silêncio ou responder integralmente às perguntas dirigidas pela autoridade policial ou judicial. Contudo, experiências práticas e decisões judiciais recentes indicam que o réu pode optar por responder apenas às perguntas formuladas por sua defesa, mantendo silêncio seletivo quando indagado pela acusação ou pelo juiz.

4 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO DIREITO AO SILÊNCIO

Neste capítulo, será realizada uma análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca do direito ao silêncio, destacando os aspectos relevantes de sua aplicação no sistema de justiça criminal por meio de precedentes selecionados. O foco principal é o exame do entendimento jurisprudencial sobre a (des)necessidade de o policial informar o direito ao silêncio no momento da abordagem, antes mesmo da lavratura do auto de prisão em flagrante, bem como da (im)possibilidade de exercer o direito ao silêncio de forma seletiva, conforme os precedentes discutidos a seguir.

4.1 Julgados do Superior Tribunal de Justiça

4.1.1 Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) nº 204.135/SP

A Sexta Turma, no bojo do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 204.135/SP, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, concluiu que a ausência de advertência ao investigado sobre seu direito ao silêncio na fase policial configura uma nulidade relativa, que só pode ser reconhecida se houver prejuízo concreto à defesa. Além disso, os Ministros salientaram que eventuais irregularidades perpetradas na fase investigatória não possuem o condão de, necessariamente, macular o processo penal, visto que, durante a instrução processual, as provas são renovadas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. ADVERTÊNCIA DO ACUSADO DO DIREITO AO SILÊNCIO. AUSÊNCIA. FASE INQUISITIVA. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. O recorrente alega nulidade das declarações prestadas na fase policial, por não ter sido advertido sobre seu direito ao silêncio, em violação do princípio da não autoincriminação. 3. O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a ausência de advertência sobre o direito ao silêncio constitui nulidade relativa, que exige demonstração de prejuízo, o qual não foi comprovado. II. Questão em discussão 4. A questão em discussão consiste em saber se a ausência de advertência sobre o direito ao silêncio no depoimento prestado na fase policial gera a nulidade absoluta do ato. 5. A questão também envolve a análise de eventual violação do princípio nemo tenetur se detegere, que assegura que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. III. Razões de decidir 6. O direito ao silêncio é uma garantia fundamental prevista na Constituição Federal e no Pacto de San José da Costa Rica, mas a sua inobservância na fase do inquérito policial constitui nulidade relativa, que exige a demonstração de prejuízo. 7. No caso concreto, o recorrente não se autoincriminou em suas declarações, tendo negado conhecimento sobre a origem ilícita dos bens e apresentado sua própria versão defensiva, o que afasta a alegação de prejuízo. 8. A denúncia não se baseou nas declarações prestadas pelo recorrente em sede policial, mas em outras provas colhidas durante a investigação. 9. Eventuais irregularidades na fase investigatória não contaminam necessariamente o processo criminal, onde as provas são renovadas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. IV. Dispositivo e tese 10. Recurso desprovido. Tese de julgamento: "1. A ausência de advertência sobre o direito ao silêncio na fase do inquérito policial constitui nulidade relativa, que exige a demonstração de prejuízo efetivo. 2. A não autoincriminação do recorrente em suas declarações afasta a alegação de prejuízo. 3. Irregularidades na fase investigatória não contaminam necessariamente o processo criminal, onde as provas são renovadas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa". (RHC n. 204.135/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 9/4/2025, DJEN de 15/4/2025)

4.1.2 AgRg no Habeas Corpus 670.351/SC

No julgamento do Agravo Regimental no HC 670.351/SC, a Sexta Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento ao recurso da defesa, que alegava que adolescentes apreendidos por porte de drogas não haviam sido alertados sobre o direito ao silêncio e, ao serem questionados, confessaram vender drogas no estacionamento de um supermercado. Os ministros ressaltaram que o tema sobre a obrigatoriedade de informar o direito ao silêncio na abordagem, fixado como Repercussão Geral pelo STF (Tema 1.185), ainda não foi julgado, prevalecendo o entendimento de que eventual violação ao direito ao silêncio é nulidade relativa. Na ementa do acórdão, a Sexta Turma manifestou-se nos seguintes termos:

[...]
ECA. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. AUSÊNCIA DE "AVISO DE MIRANDA" NA ABORDAGEM POLICIAL. ADVERTÊNCIA DEVIDAMENTE REALIZADA PERANTE À AUTORIDADE POLICIAL. TEMA AINDA NÃO APRECIADO PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. O Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou o Recurso Extraordinário 1.177.984, que teve a repercussão geral reconhecida (Tema 1.185) quanto à questão relativa à obrigatoriedade de policiais informarem acerca do direito ao silêncio já no momento da abordagem. De toda sorte, "o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo" (HC n. 614.339/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9/2/2021, DJe 11/2/2021). [...]
3. Não está demonstrado o prejuízo necessário ao reconhecimento da nulidade alegada, medida em que não se sustenta a simples afirmação defensiva de que as informações obtidas de maneira ilegal pelos policiais teriam sido suficientes para embasar a representação, pois a apreensão da droga em posse do agravante em quantidade que pode ser considerada incompatível com o simples uso, somada à sua atitude suspeita demonstrada antes da abordagem policial, por certo já seria suficiente a eventualmente ensejar sua representação pela suposta prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de entorpecentes, mormente se considerados os diversos verbos nucleares do tipo penal em comento. Assim, eventual prejuízo advindo da omissão quanto ao "Aviso de Miranda" não se presume, de maneira que, nem sequer tendo havido o julgamento de mérito da representação ofertada, deve-se aguardar o deslinde da representação na origem, não sendo possível perquirir a nulidade aqui apontada, ao menos ao que se tem dos autos. (AgRg no HC n. 670.351/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022.)

4.1.3 AgRg no Agravo em Recurso Especial 2308317/MG

Na apreciação do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2308317/MG, os Ministros da Sexta Turma reafirmaram o entendimento de que a cientificação acerca do direito de permanecer em silêncio, também conhecido como "Aviso de Miranda", deve ser realizada no momento do interrogatório policial e judicial, não sendo exigida tal conduta por parte dos policiais no contexto da abordagem policial. Por essa razão, os Ministros acordaram, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CONFISSÃO INFORMAL. AVISO DE MIRANDA. VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO FEDERAL NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA ILICITUDE NA CONFISSÃO INFORMAL DOS RÉUS. ALTERAÇÃO DA CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO. 1. A decisão monocrática deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. 2. Destaca-se que, "nos termos da jurisprudência desta Corte, 'a legislação processual penal não exige que os policiais, no momento da abordagem, cientifiquem o abordado quanto ao seu direito em permanecer em silêncio (Aviso de Miranda), uma vez que tal prática somente é exigida nos interrogatórios policial e judicial' (AgRg no HC n. 809.283/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 24/5/2023)" (AgRg no RHC n. 186.219/GO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 24/4/2024). 3. Ademais, foi consignado no acórdão que a defesa não se desincumbiu do ônus de provar que a confissão informal teria sido obtida de maneira ilegal, de modo que não é possível no recurso especial entender de maneira diversa, por demandar incursão vertical em elementos de fatos e provas, o que atrai a incidência da Súmula n. 7/STJ. (AgRg no AREsp n. 2.308.317/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20/8/2024, DJe de 23/8/2024.)

4.1.4 Agravo em Recurso Especial 2123334/MG

Na contramão do entendimento majoritário, no julgamento do Agravo em Recurso Especial 2123334/MG, ao analisar um caso em que a condenação do recorrente se fundamentava em confissão informal obtida no momento da prisão, e no qual o reconhecimento do suspeito teria ocorrido em desacordo com o procedimento previsto no art. 226 do CPP, a Terceira Sessão do STJ decidiu, por unanimidade, dar provimento ao REsp, com o propósito de absolver o réu, conforme os pontos destacados na ementa do julgamento.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. AUTORIA DELITIVA EMBASADA NA CONFISSÃO INFORMAL EXTRAJUDICIAL E EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. DESCABIMENTO. INADMISSIBILIDADE DA CONFISSÃO COLHIDA INFORMALMENTE E FORA DE UM ESTABELECIMENTO ESTATAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, III, DA CR/1988 E 157, 199 E 400, § 1º, DO CPP. INVIABILIDADE, ADEMAIS, DE A CONFISSÃO DEMONSTRAR, POR SI SÓ, QUALQUER ELEMENTO DO CRIME. NECESSIDADE DE CORROBORAÇÃO DA HIPÓTESE ACUSATÓRIA POR OUTRAS PROVAS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 155, 156, 158, 197 E 200 DO CPP. MITIGAÇÃO DO RISCO DE FALSAS CONFISSÕES E CONDENAÇÕES DE INOCENTES. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE ABSOLVER O RÉU. [...]

A confissão extrajudicial é colhida no momento de maior risco de ocorrência da tortura-prova, pois o investigado está inteiramente nas mãos da polícia, sem que exista atualmente nenhum mecanismo de controle efetivo para preveni-la. Conclusões corroboradas, novamente, por uma miríade de estudos, inclusive do CNJ, da ONU e da CIDH. 4. Diante do risco de tortura e da inexistência de meios capazes de desestimulá-la, a admissão da confissão extrajudicial exige que esteja garantida – e não apenas presumida – a licitude do seu modo de obtenção. Para tanto, a confissão extrajudicial somente será admissível no processo penal se feita formalmente e de maneira documentada, dentro de um estabelecimento estatal público e oficial. Inteligência dos arts. 5º, III, da CR/1988; e 157, 199 e 400, § 1º, do CPP.

[...]

Teses fixadas: 11.1: A confissão extrajudicial somente será admissível no processo judicial se feita formalmente e de maneira documentada, dentro de um estabelecimento estatal público e oficial. Tais garantias não podem ser renunciadas pelo interrogado e, se alguma delas não for cumprida, a prova será inadmissível. A inadmissibilidade permanece mesmo

que a acusação tente introduzir a confissão extrajudicial no processo por outros meios de prova (como, por exemplo, o testemunho do policial que a colheu). [...] (AREsp n. 2.123.334/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 20/6/2024, DJe de 2/7/2024.)

O presente julgamento merece especial atenção, pois foi proferido pela Sessão Criminal do STJ, contando com a decisão unânime de oito Ministros integrantes da Quinta e da Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, as Turmas Criminais do Colendo Tribunal. Dessa forma, o precedente em exame repercutirá nas futuras decisões do Tribunal Superior, especialmente em casos que envolvam a realização de confissão informal pelo acusado no momento da abordagem policial.

4.1.5 AgRg no Habeas Corpus nº 833.704/SC

Sobre o exercício do direito ao silêncio de forma seletiva, o acórdão do AgRg no HC nº 833.704/SC, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08/08/2023, reconheceu que o direito ao silêncio seletivo é uma possibilidade legítima durante o interrogatório judicial, apoiando-se no princípio *nemo tenetur se detegere*, que garante ao réu o direito à não autoincriminação.

O relator afirma em seu voto que o fato de o juiz conduzir o interrogatório não impede o réu de responder apenas a algumas perguntas, especialmente às da defesa, configurando, assim, o exercício do silêncio seletivo. Além disso, destaca que o interrogatório é um instrumento de autodefesa, cabendo à defesa, de forma estratégica, optar por responder ou não às perguntas, em busca de uma melhor proteção de seus direitos. A decisão reforça que o silêncio seletivo é uma estratégia legítima e que sua prática não compromete a validade do interrogatório nem implica prejuízo ao processo, sendo uma extensão do direito fundamental de defesa.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. SILÊNCIO SELETIVO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O fato de o juiz conduzir o interrogatório não significa que o réu está impossibilitado de responder apenas a algumas perguntas, em especial às da defesa, fazendo uso assim do silêncio seletivo. De fato, é cediço que quem pode o mais pode o menos. Assim, se é possível não responder a nenhuma pergunta, é possível também responder apenas a algumas perguntas. Anote-se que o direito ao silêncio é consectário do princípio *nemo tenetur se detegere*, tratando-se, portanto, de garantia à não autoincriminação. Ademais, é assente que o interrogatório não é apenas meio de prova, mas especial instrumento de autodefesa, competindo, dessa forma, à defesa escolher a melhor estratégia defensiva. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 833.704/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 14/8/2023.)

4.2 Julgados do Supremo Tribunal Federal

4.2.1 Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 170.843/SP

No Supremo Tribunal Federal (STF), merece destaque o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 170.843/SP, por sua correlação intrínseca com o tema. Trata-se de um recurso ordinário em habeas corpus, interposto contra o acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no processo HC 343.759/SP. No caso, no primeiro grau, a ré foi condenada por porte de drogas para uso pessoal, conforme o artigo 28, da Lei 11.343/2006. Contudo, após a apelação interposta pelo Ministério Público Estadual, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) reformou a decisão e condenou a ré pelo crime descrito no artigo 33 da mesma lei, relativo ao tráfico de drogas.

Posteriormente, em habeas corpus impetrado junto ao STJ, foi concedida de ofício a redução da pena em 1/6 e a alteração do regime inicial para semiaberto. Já no STF, ao impetrar habeas corpus, a recorrente pugnou pela aplicação do redutor máximo e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O relator do julgamento do recurso interposto perante o Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, concedeu a ordem de ofício, para restabelecer a sentença do juízo de primeiro grau, fundamentando-se na análise dos depoimentos policiais que realizaram a prisão, a partir dos quais se constatou que não foi assegurado à recorrente o direito ao silêncio. O Ministro destacou, ainda, que o TJSP havia baseado a condenação na suposta declaração da ré dada a policiais militares durante a abordagem, na qual teria admitido que a droga se destinava ao comércio.

Por fim, a Segunda Turma do STF, por maioria, negou provimento ao recurso apresentado pelo Ministério Público Federal, acompanhando o voto do Ministro Gilmar Mendes, com as seguintes considerações relevantes:

[...] a agravada foi condenada com base em supostas declarações que firmou perante policiais militares, ainda no local da prisão, antes mesmo de seu ingresso na delegacia. Dito isso, pouco importa o que ocorreu na delegacia. In casu, a condenação da agravada foi fundamentada em interrogatório clandestino, ainda no local em que recebeu voz de prisão, verbis: “Os policiais militares MARCOS e LUIZ declararam que havia denúncias anônimas indicando a participação de DANIELA no tráfico de drogas e na data dos fatos a avistaram em atitude suspeita. Realizaram a abordagem e com ela apreenderam uma porção de cocaína. No veículo em que ela estava apreenderam duas porções da mesma droga, e, em sua casa, outra porção de cocaína. DANIELA prontamente confessou-lhes a traficância (mídia de fls. 95)”. (e DOC 1, p. 91) A PGR, em genuíno inconformismo i fundado, não apontou de que peça dos autos consta a informação de que os policiais militares MARCOS e LUIZ garantiram à agravada, antes de lhe fazerem qualquer pergunta, o direito constitucional ao silêncio. [...] Estamos diante, aqui, do reconhecimento da legalidade ou não de um interrogatório informal, sem lavratura de termo, o qual, sequer, sabemos se, de fato, foi realizado. O policial afirma que o réu fez declarações no momento da abordagem e o teor dessas declarações foi tomado como se elas tivessem sido reduzidas a termo, tivessem ocorrido na presença do advogado e com o respeito às formalidades legais. É que, da leitura dos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão do paciente, verifica-se que não foi sequer observado o comando constitucional, a partir do qual o preso deve ser informado acerca do seu direito de permanecer em silêncio. Conforme tenho dito, a informação de que o suspeito tem direito ao silêncio deve ser prestada ao preso pelos

policiais responsáveis pela voz de prisão e não apenas pelo delegado de polícia, quando de seu interrogatório formal. [...] [...] é evidente a obrigação do Estado, por meio da Polícia, de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento de sua prisão efetuada por policial militar, o que não aconteceu no presente caso e de cujo ato emanou a condenação. (Brasil, 2021, p. 06/09)

No voto apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, foram citados diversos precedentes, entre os quais o Habeas Corpus 80.949/SP, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, cujo julgamento ocorreu em 2001, do qual se destaca o seguinte trecho.

[...] a falta da advertência ao direito ao silêncio, no momento em que o dever de informação se impõe, torna ilícita a prova, ao fundamento de que “o privilégio contra a auto-incriminação nemo tenetur se detegere, erigido em garantia fundamental pela Constituição além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em conversa informal gravada, clandestinamente ou não (HC 80.949/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe 14.12.2001).

4.2.2 Recurso Extraordinário 1.177.984/São Paulo

No que tange ao Recurso Extraordinário 1.177.984/SP no qual foi fixado o Tema 1.185, o Ministro Relator Edson Fachin, atendendo à argumentação da defesa, manifestou-se favoravelmente ao reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional apresentada pela recorrente, submetendo o recurso à apreciação dos demais Ministros do STF. Por unanimidade, foi reconhecida a existência de repercussão geral acerca da controvérsia sobre a obrigatoriedade do Estado em informar ao preso sobre o direito ao silêncio, já no momento da abordagem policial, e não apenas durante o interrogatório formal. A seguir, destacam-se os argumentos apresentados pelo relator Ministro Edson Fachin quando do reconhecimento da repercussão geral da matéria debatida:

[...] A presente controvérsia levada a desate refere-se à obrigatoriedade, ou não, de o Estado informar ao preso do direito ao silêncio no momento da abordagem policial, e não somente no interrogatório formal. A questão é constitucional por dizer respeito à eventual contrariedade do acórdão recorrido, que julgou dispensável a advertência do direito ao silêncio, às normas contidas, sobretudo, no art. 5º, incisos LXIII e LIV, da Constituição Federal. O tema também possui repercussão geral por manifesta relevância social e jurídica, que transcende os limites subjetivos da causa. Quanto à relevância social, o desate da questão irá orientar a maneira de proceder dos agentes do Estado no momento da abordagem de qualquer pessoa em território nacional, máxime quando, na hipótese de prisão em flagrante, o detido é submetido ao denominado interrogatório informal. No tocante à relevância jurídica, verifico que o tema guarda estreita relação com os princípios nemo tenetur se detegere e do devido processo legal substantivo, garantias fundamentais para o desenrolar da atividade persecutória em um Estado de Direito. Ademais, este Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já se manifestou pela significativa importância do direito ao silêncio na ordem jurídico-constitucional (HC 80949, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001; ADPF 444, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2018; RHC 122279, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014; HC 68929, Relator(a): CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 22/10/1991, DJ 28-08-1992), o que reforça o relevo e a repercussão do tema em discussão [...] (RE 1177984 RG, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 02-12-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 02-02-2022 PUBLIC 03-02-2022)

Para reforçar a importância do julgamento pelo STF, o ministro Edson Fachin destacou que o STJ entende que a advertência sobre o direito ao silêncio não é obrigatória na prisão em flagrante, apenas no interrogatório formal. Essa visão amplia a flexibilização dessa garantia, tornando urgente a decisão do STF para definir sua interpretação adequada. Há grande expectativa pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.177.984/SP, que poderá estabelecer os limites dessa proteção constitucional

Sobre o assunto, Dantas Júnior (2022) discorre que o Código de Processo Penal, em seu artigo 186, também reconhece o direito ao silêncio, destacando que ele não pode ser interpretado de modo desfavorável ao acusado. Contudo, a validade e os limites do direito ao silêncio ainda geram controvérsia no âmbito do processo penal, em especial sobre o momento processual em que o referido direito deve ser garantido ao acusado.

Atualmente, como delineado acima, a questão sobre a obrigatoriedade do Estado informar o preso acerca do direito ao silêncio no momento da abordagem policial, e não apenas no interrogatório formal, aguarda julgamento pelo Pleno do STF (AgR RE 1.177.984/SP). A decisão a ser proferida terá efeito *erga omnes*, ou seja, será aplicável a todos e procederá a uniformização do entendimento das instâncias judiciais inferiores.

Em relação aos julgados do STJ, selecionados para entender o posicionamento daquele Tribunal Superior sobre o assunto debatido, constatou-se que o entendimento majoritário do Corte Superior é no sentido de que a legislação processual penal não obriga os policiais, no momento da abordagem, a informar o abordado sobre seu direito de permanecer em silêncio (Aviso de Miranda), pois essa prática é exigida apenas nos interrogatórios policiais e judiciais. Além disso, a Corte Superior entende, de forma majoritária, que a violação do direito ao silêncio configura nulidade relativa, que pode ser reconhecida apenas na hipótese de prejuízo.

Contudo, na contramão da jurisprudência majoritária, o trabalho também discorreu acerca de um julgamento recente do STJ, proferido pela Terceira Sessão em 20 de julho de 2024, no qual, por unanimidade, oito Ministros das Turmas Criminais do Tribunal — praticamente a totalidade dos Ministros das Quintas e Sextas Turmas — rejeitaram a validade da confissão informal obtida por policiais no momento da prisão (Ag em REsp 2123334/MG).

Dessa forma, é quase certo que o julgamento do Tema 1.185, pelo Supremo Tribunal Federal, terá impacto nas decisões futuras do STJ e dos demais Tribunais, visto que, apesar de o posicionamento majoritário da Corte Superior ser no sentido da inexistência de nulidade, em razão da ausência de cientificação do direito de permanecer em silêncio, o Supremo vem se posicionando no sentido de atribuir máxima eficácia ao direito ao silêncio, inclusive durante a fase da abordagem policial, o que alterará, sobremaneira, os julgamentos proferidos acerca da matéria.

Em outro turno, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem proferido decisões recentes e relevantes acerca do exercício do direito ao silêncio parcial, destacando a importância da atuação estratégica do réu e de sua defesa. Um marco jurisprudencial desse entendimento é o Habeas Corpus 703.978/SC, julgado em 2022 pela 6ª Turma do STJ, onde foi reafirmado o direito do réu de escolher a quais perguntas responder, consolidando a possibilidade do silêncio seletivo no interrogatório (BRASIL, 2022).

Por derradeiro, no julgamento do Habeas Corpus 703.978/SC, o STJ anulou a sentença de pronúncia, garantindo que o réu respondesse somente às perguntas da defesa, consolidando o direito ao silêncio parcial. Tal decisão tornou-se referência para a doutrina e para jurisprudências posteriores, reforçando a proteção ao exercício do silêncio seletivo (BRASIL, 2022).

A aplicação do direito ao silêncio no sistema jurídico brasileiro busca assegurar a dignidade da pessoa humana e outras garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito. O STF reafirma que considerar o silêncio como indicativo de culpa é incompatível com os valores constitucionais, e qualquer coação ao réu para que responda contra sua vontade constitui abuso de autoridade, promovendo um sistema penal que respeite as garantias individuais.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que o direito ao silêncio está previsto na Constituição Federal, especificamente no art. 5º, LXIII, assim como em diversos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Além disso, a legislação infraconstitucional também regula o direito de permanecer calado, evidenciando sua importância para o sistema de justiça penal brasileiro.

A definição, aplicação e extensão dessa garantia fundamental são temas de intenso debate na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que têm atribuído diferentes contornos e parâmetros a esse direito ao longo do tempo. Nesse contexto, este trabalho destacou duas questões controversas: a obrigatoriedade de informar o direito ao silêncio no momento da abordagem policial, conhecido como “Aviso de Miranda”, durante o chamado “interrogatório informal”, e a possibilidade de exercício do silêncio de forma seletiva pelo acusado.

Sobre o primeiro tema, observa-se que o entendimento majoritário na doutrina defende a aplicação do direito ao silêncio de maneira ampla, considerando fundamental a máxima efetividade dessa garantia, o que reforça a necessidade de sua adequada comunicação no momento da abordagem policial, para garantir sua efetividade conforme o texto constitucional. No entanto, a jurisprudência apresenta posições divergentes: o STJ, por exemplo, entende que a informação deve ser feita durante o interrogatório formal, não sendo imprescindível sua advertência na abordagem policial inicial. Ainda assim, considera que a violação do direito ao silêncio configura nulidade

relativa, passível de reconhecimento apenas em caso de prejuízo ao acusado.

Diante dessa controvérsia, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria no julgamento do RESP nº 1.177.984/SP, fixando o Tema nº 1185, que trata da obrigatoriedade ou não de informar o direito ao silêncio já na abordagem policial, mesmo durante o interrogatório informal. A decisão sobre esse tema determinará os limites da efetivação do direito constitucional ao silêncio no sistema de justiça criminal, influenciando o entendimento jurisprudencial do STF e dos demais tribunais, sendo de suma importância para o avanço do sistema penal garantista.

Quanto ao exercício do silêncio de forma seletiva, a doutrina e jurisprudência atuais concordam que o interrogatório é um meio de prova da defesa e que, portanto, o acusado pode exercer seu direito ao silêncio de maneira parcial ou total, respondendo apenas às perguntas que desejar, especialmente aquelas relacionadas à sua defesa. Assim, permite-se que o acusado exerça esse direito de modo a garantir sua máxima proteção, podendo optar por responder somente às perguntas que julgar convenientes.

Por fim, conclui-se que o exercício e a amplitude do direito ao silêncio vêm sendo objeto de contínua análise doutrinária e jurisprudencial, refletindo a sua importância no direito processual penal brasileiro. Como garantia fundamental, é imprescindível assegurar sua máxima efetividade, dado que ele mantém relação intrínseca com outras garantias essenciais, como a ampla defesa, o contraditório e a dignidade da pessoa humana. A observância efetiva desse direito pelo sistema de justiça contribui para a evolução de um processo penal mais garantista e para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. ISBN 9786553624788. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624788/>. Acesso em: 08 mai. 2025.

BITTENCOURT, Graziella Maria Deprá; KLEIN, Gadelha Lara Carrera Arrabal; FABRIZ, Daury César. **Limites constitucionais do direito ao silêncio: interpretação do Supremo Tribunal Federal com aproximações à doutrina do direito como integridade de Ronald Dworkin**. REVISTACNJ, V.6, N.1, jan/jun de 2022, pág. 57-69. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/166679> Acesso em: 02 jun. 2025.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 22 mai. 2025.

DECRETO nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 22 mai. 2025.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República,. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm 50 Acesso em: 03 jun. 2025.

Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003. **Altera a Lei n.º 7.210, de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal) e o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e dá outras providências**. Diário Oficial da União: seção 1, 2 dez. 2003, p. 2. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 05 jun. 2025.

Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008. **Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos**. Diário Oficial da União: seção 1, 23 junho 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11719.htm. Acesso em: 05 jun. 2025.

Lei nº 13.869, de 5 de Setembro De 2019. **Lei de abuso de autoridade**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019_2022/2019/lei/l13869.htm. Acesso em: 15 jun. 2025.

Decreto-Lei nº 3.689, de 3 De Outubro De 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 02 jun. 2025.

Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Aprova o Código Penal**. Diário Oficial da União: seção 1, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 jul. 2025.

Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019. **Pacote anticrime**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm Acesso em: 02 jun. 2025.

Projeto de Lei n.º 3.148, de 14 de setembro de 2021. **Tipifica o perjúrio no art. 342-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**. Câmara dos Deputados. Situação: aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2298630>. Acesso em: 20 jun. 2025.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.681.917/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24 out. 2017, publicado no DJe de 6 nov. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?preConsultaPP=&pesquisaAmigavel=+1.681.917&acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&b=A COR&livre=1.681.917&filtroPorOrgao=&filtroPorMinistro=&filtroPorNota=&data=&operador=e>

&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=P&processo=&classe=&uf=&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtde=&dtde1=&dtde2=&orgao=&ementa=&nota=&ref=>. Acesso em: 2 jun. 2025.

Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus n.º 598.886/SC (2020/0179682-3). Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Brasília, 27 de outubro de 2020, Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1996943vm_registro=202001796823&data=20201218&formato=PDF. Acesso em: 15 mai. 2025.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 204.135/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 9 abr. 2025, publicado no DJEN de 15 abr. 2025. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=0000000&num_registro=202500000000&data=20250415&formato=PDF. Acesso em: 2 jun. 2025.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 670.351/SC, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 29 mar. 2022, publicado no DJe de 4 abr. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2116230&num_registro=202103138739&data=20220404&formato=PDF. Acesso em: 2 jul. 2025.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 2.308.317/MG, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20 ago. 2024, publicado no DJe de 23 ago. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2170570&num_registro=202401534861&data=20240823&formato=PDF. Acesso em: 2 jul. 2025.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.º 2.123.334/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 20 jun. 2024, publicado no DJe de 2 jul. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2167614&num_registro=202300972608&data=20240702&formato=PDF. Acesso em: 2 jul. 2025.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 833.704/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8 ago. 2023, publicado no DJe de 14 ago. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2152287&num_registro=202301568676&data=20230814&formato=PDF. Acesso em: 2 jul. 2025.

Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 703.978/SC, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 5 abr. 2022, publicado no DJe de 7 abr. 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+703.978&b=ACOR&tp=P>. Acesso em: 2 jul. 2025.

Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 545, de 14 de outubro de 2015. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. Diário da Justiça Eletrônico, ed. n.º 1839, disponibilizada em 16 out. 2015, publicada em 19 out. 2015. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_545_546_2015_Terceira_Secao.pdf. Acesso em: 2 jul. 2025.

Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.177.984/São Paulo. Relator: Ministro Edson Fachin, Brasília, 2 de dezembro de 2021, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758988240>. Acesso em: 07 mai. 2025.

Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n.º 170.843, Agravo Regimental, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 4 maio 2021, publicado no DJe n.º 174, divulgado em 31 ago. 2021, publicado em 1º set. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=7549358>. Acesso em: 2 jul. 2025.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 30 out. 2001, publicado no DJ de 14 dez. 2001, p. 26. Ementa publicada no DJ, vol. 2053-06, p. 1145; RTJ, vol. 180-03, p. 1001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=201943>. Acesso em: 2 jul. 2025.

COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DANTAS JÚNIOR, João Fabrício. **O limite ao exercício do direito ao silêncio pelo réu:** o abuso do direito ao silêncio no Processo Penal. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 86, p. 49-58, out./dez. 2022. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3600511/Jo%C3%A3o+Fabr%C3%ADcio+Dantas+J%C3%BAnior_RMP-86.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2025.

HELMHOLZ, R. H. **The privilege and the ius commune:** The middle ages to the Seventeenth Century. In: HELMHOLTZ, R. H. (org.). The privilege against self incrimination: Its origins and development. Chicago & London: University of Chicago Press, 1997.

LOPES JR. Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. (Série IDP – Linha Doutrina)

NETO CARVALHO, Inácio de. **Aplicação da Pena,** 4ª edição. São Paulo: Gen Jurídico, 2013, p. 141.

NUCCI, Guilherme de S. **Prática Forense Penal.** 15th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.6. ISBN 9788530994976. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994976/>. Acesso em: 12 jun. 2025.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 2. ed. São Paulo: Malheiros,

2006. p. 159.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CRIMINOLOGIA POSITIVISTA E REVITIMIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO CIENTIFICISTA NA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CONTRA MULHERES VÍTIMAS DE ESTUPRO

Nathália Gomes MOLITOR¹

Romulo Blecha VEIGA²

Luiz Fernando KAZMIERCZAK³

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a violência institucional sofrida por mulheres vítimas de violência sexual, especificamente de estupro, sob a perspectiva da criminalização constantemente direcionada à figura feminina como resquício do pensamento propagado na sociedade através da criminologia positivista. Desta forma, a priori, faz-se a contextualização histórica acerca da criminologia positivista, apontando dentre os aspectos gerais do pensamento, a forma como a mulher era percebida, descrita, bem como sua posição na sociedade da época. Em um segundo momento, realiza-se a conceituação acerca dos tipos de violência, com enfoque à violência institucional, como sendo aquela propagada pelas instâncias da própria persecução penal, demonstrando-se como ocorre e como se perpetua durante o processo penal nos dias atuais. Por último, baseando-se nos impactos da situação vivenciada pelas vítimas de estupro, observa-se como a violência institucional promovida à essas mulheres possui fortes raízes com o pensamento propagado pelo positivismo no século XIX, afetando diretamente a integridade física e psicológica da vítima que, acaba por ser revitimizada e verdadeiramente criminalizada em uma inversão de valores institucionais. Para tanto, a pesquisa desenvolveu-se de forma teórica, trabalhando sua base fundamentalmente na construção de conhecimentos por meio de conceitos e referenciais, com utilização do método hipotético-dedutivo, baseando-se no histórico da criminologia positivista e da violência institucional contra a vítima de violência sexual para concluir que, há resquícios desse pensamento na forma de condução da persecução penal, promovendo por meio de seus agentes a violência institucional.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia; Estupro; Positivismo Criminológico, Violência Institucional; Vítima.

ABSTRACT

This study aims to analyze the institutional violence experienced by women victims of sexual violence, specifically rape, through the lens of the criminalization consistently directed at the female figure as a remnant of the ideological framework disseminated in society by positivist criminology. To this end, the research initially offers a historical contextualization of positivist criminology, highlighting, among its general aspects, how women were perceived, described, and positioned within the society of that time. In a second stage, the study addresses the conceptualization of the different types of violence, with emphasis on institutional violence, understood as that which is perpetrated by the very institutions responsible for criminal prosecution. It demonstrates how such violence occurs and how it is perpetuated within the contemporary criminal justice process. Finally, based on the impacts experienced by rape victims, the study

1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bolsista pela CAPES.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

3 Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Professor Adjunto na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na graduação e no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica. E-mail: lfkaz@uenp.edu.br.

observes how the institutional violence inflicted upon these women is deeply rooted in the positivist ideology of the 19th century, directly affecting the physical and psychological integrity of the victim, who ultimately becomes revictimized and symbolically criminalized in an institutional inversion of values. Accordingly, the research is developed through a theoretical approach, fundamentally grounded in the construction of knowledge based on concepts and theoretical references, employing the hypothetical-deductive method. It draws on the historical development of positivist criminology and the phenomenon of institutional violence against victims of sexual violence to conclude that remnants of this mode of thought persist in the way criminal prosecution is conducted, promoting institutional violence through the actions of its agents.

KEY-WORDS: Criminology; Rape; Criminological Positivism, Institutional Violence; Victim.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo analisar a violência institucional sofrida por mulheres vítimas de violência sexual, especificamente de estupro, sob a perspectiva da criminalização direcionada à figura feminina como resquício do pensamento propagado na sociedade através da criminologia positivista. Assim, em um primeiro momento, contextualiza-se acerca das ideias propagadas pelo positivismo criminológico difundido no século XIX, com enfoque na forma como a mulher era representada, seja como criminosa, seja como sujeito social. Posteriormente, traz-se os tipos de violência, com destaque para a violência institucional, apontando o que é e, principalmente, como se dá no âmbito da persecução penal por meio de seus agentes.

Por fim, analisa-se o tratamento dado à figura feminina sob a perspectiva da violência institucional vivenciada sistematicamente pelas mulheres na condição de vítimas de estupro, como decorrência da difusão do pensamento misógino disseminado e demonstrado na criminologia positivista, perpetuado nos dias de hoje.

A pesquisa desenvolveu-se de maneira teórica trabalhando sua base fundamentalmente na construção de conhecimentos por meio de conceito e referenciais, especificamente criminológicos, sem o objetivo de propor alterações normativas específicas, mas visando compreender criticamente os fundamentos e os efeitos sob a perspectiva do sistema penal vigente. Para tanto, utiliza-se de elementos descritivos, pois busca identificar e sistematizar como se opera a influência do pensamento positivista na violência institucional voltada às mulheres, descrevendo como pode ser percebida. O método adotado foi o hipotético-dedutivo, a fim de, por meio das premissas e conhecimentos gerais sobre a temática, absorver e compreender os meandros do tema em debate, no que tange ao pensamento positivista frente à mulher e sua interferência direta na violência institucional sofrida por essas na persecução penal.

Os procedimentos utilizados para extrair o melhor resultado útil possível foi o bibliográfico, por meio de análise de artigos, livros, sites, relatórios, dados, com o fito de enriquecer

a pesquisa e fundamentá-la para alcançar a apreensão do assunto de maneira satisfatória.

O objetivo geral é apresentar o problema da violência institucional vivenciada pelas mulheres vítimas de violência sexual nos dias atuais, como forma de difusão da violência de gênero e misoginia difundidas especificamente no século XIX através da corrente criminológica positivista e sua visão acerca da figura feminina.

Já os objetivos específicos serão: a) a contextualização a respeito da criminologia positivista, com enfoque na maneira como a mulher era representada na época; b) a conceitualização sobre os tipos de violência, especificamente a violência institucional gerada pelos agentes no decorrer da persecução penal; c) demonstrar a violência institucional e o tratamento dado às mulheres vítimas de violência sexual como decorrência da representação feminina propagada pelo positivismo criminológico.

1. A FIGURA FEMININA NA CRIMINOLOGIA POSITIVISTA

O positivismo criminológico foi uma corrente e um método de estudo da criminologia, difundido principalmente na Europa ao final do século XIX. Enquanto corrente criminológica, seus principais representantes buscavam por meio análise de certos indivíduos, identificá-los e principalmente categorizá-los de maneira prévia como delinquentes biológicos com o objetivo de apartá-los da sociedade, visando evitar a ocorrência do delito e possuindo de tal modo caráter de previsão e prevenção (Santos, 1979, p. 43-45). Como método científico, possui origem nos estudos realizados nas ciências naturais, as quais buscavam sistematizar as ocorrências biológicas por meio de leis gerais que seriam capazes de as determinar (Santos, 1979, p. 43-45).

Assim, para atingir seus objetivos, pautava suas observações sob a ótica do determinismo, que, na biologia, possuía a percepção de que os acontecimentos da natureza, bem como as características biológicas inerentes a certos tipos de pessoas seriam capazes de verdadeiramente determinar o sucesso ou fracasso daquele indivíduo (Nicola; Silva, 2022, n.p.). Aplicada à criminologia, essa ideia fora refletida através da categorização e polarização da população em pessoas “normais” e delinquentes, correspondendo esse último aos cidadãos que, por suas características físicas e psicológicas, muitas vezes hereditárias, teriam propensão ao cometimento de crimes.

Para a criminologia positivista a criminalidade é uma realidade ontológica, pré-constituída ao direito penal, ao qual cabe tão somente reconhecê-la e positivá-la. Neste sentido, em seus primeiros estudos Lombroso encontrou no atavismo uma explicação para relacionar a estrutura corporal e o que chamou de criminalidade nata (MENDES, 2014, p. 32).

Assim, a criminologia positivista promovida em caráter extremamente científico - ou pelo qual buscava-se promover- objetivava uma tipificação da figura delinquente. Entretanto, tal

tipificação possuía finalidades mais profundas do que as declaradas, eis que, atrelava os supostos atributos criminosos à parcela da população marginalizada que, devido à escassez de recursos básicos para seu desenvolvimento, possuíam em sua maior parte deformações físicas e desvios psicológicos, bem como recorriam à transgressão como forma de suprir a carências de suas necessidades. Dessa forma, o positivismo retirava da criminalidade a carga social e política que a influenciava diretamente, atribuindo à sua ocorrência fatores meramente biológicos e que, sendo inatos ao indivíduo, não poderiam ser corrigidos pelo Poder Público e fugiam ao seu controle, sendo capaz de assim, manter a ordem social vigente à época (Santos, 1979, p. 49).

Nesse sentido, quando tratamos de forma mais aprofundada acerca da maneira como esses indivíduos eram retratados, temos que, mesmo dentre os marginalizados, havia uma grande diferença no tratamento da análise realizada nos potenciais delinquentes homens, e nas potenciais delinquentes mulheres. Isso pois, a figura masculina era percebida muito mais por suas características físicas e ditas virtudes, sempre representada como alguém que, já em suas regressões biológicas seria minimamente irracional.

Enquanto em uma mulher “normal” a sexualidade encontra-se subordinada à maternidade, o que faz com que a mãe “normal” coloque os/as filhos/as em prioridade absoluta, entre as criminosas dá-se justamente o oposto. Elas, as criminosas, não hesitam em abandonar seus/as filhos/as, ou a induzir suas próprias filhas à prostituição (Mendes, 2014, p. 36).

Com isso, ao tratar-se da percepção voltada à mulher, verifica-se que mesmo a considerada “mulher normal” era vista como sinônimo de infantilidade e descontrole emocional, envolta de uma sensibilidade, pouca inteligência e fraqueza tais que, a impediriam de sequer cometer transgressões em desobediência tanto às normas, quanto a seus maridos (Zaghlout; Pinto, 2022, p. 7). Afirmando os autores da época que, seria possuidora de “muitas características que a aproximam do selvagem e da criança, e, conseqüentemente, do criminoso[...]; e possui outras, diametralmente opostas [...] que impedem-na de se aproximar da conduta que é própria do homem [...] e que é o fim último da evolução moral” (Lombroso, 2017 [1893], p. 71).

Sendo evidente que, a discrepância apresentada pelos delinquentes homens em relação aos normais, era expressivamente maior, justamente pela falta de evolução demonstrada na figura feminina, a qual a aproximava mais da sua equivalente criminosa (Martins, 2009, p. 7):

Acreditavam, pois, que a mulher não apresentava os mesmos sinais de degenerescência encontrada no homem criminoso, pois elas teriam evoluído menos do que eles, uma vez que seu estilo de vida era menos ativo, mais sedentário e carente de desafios. Desse modo, elas seriam organicamente mais passivas devido à imobilidade do óvulo comparado à mobilidade do espermatozóide e, assim, estariam menos propensas ao crime (Zaghlout; Pinto APUD Lemgruber, 2022, p. 7).

Assim, a latente “inferioridade” da mulher em relação ao homem era marcante na análise realizada à época pelos criminólogos positivistas, os quais utilizavam-se da observação até mesmo

de outros grupos animais para afirmá-la. O médico e antropólogo Cesare Lombroso, maior representante da criminologia positivista na Europa, trouxe em sua obra *A mulher delinquente: a prostituta e a mulher normal*, a constatação de que, mesmo em espécies diversas, a fêmea submetia-se ao macho, sendo inferiores em todos os aspectos, principalmente em termos de características físicas:

[...]Assim, encontramos fêmeas das classes zoológicas mais baixas sendo superiores ao macho em volume, na complexidade de seus órgãos: verdadeiras rainhas das espécies; mas, aos poucos, transformavam-se em sua humilde escrava, superada em força, em variabilidade, etc. Da mesma forma como na raça humana: antes da puberdade, encontramos a mulher com força igual ou mesmo superior ao homem, o mesmo ocorrendo com o desenvolvimento físico, e por vezes inclusive em inteligência; mas pouco a pouco este predomínio se interrompe e é superado, deixando para trás, nessa momentânea superioridade, uma prova de que a precocidade é algo comum às raças inferiores (Lombroso, 2017 [1893], p. 6).

De modo que, uma vez estando biologicamente abaixo ao homem, eram atreladas a elas características como rivalidade, crueldade, impulsividade; características geradas unicamente por sua fragilidade. E, conseqüentemente, tudo decorreria “da fraqueza da mulher: a crueldade é uma forma de reação, uma forma de resistência contra os obstáculos da vida. De modo que, a mulher criminosa era tida ainda mais degenerada do que o homem criminoso, pois, ao violar a lei, ela transgredia não apenas o código jurídico, mas também a natureza feminina idealizada (Rafter, 2017, p. 46).

Tamanha era a carga negativa e irracional atribuída às mulheres que, até mesmo sentimentos positivos como a gentileza, compaixão, sensibilidade, paixão e maternidade eram vistos como reproduzidos de forma exacerbada, igualmente relacionados a fatores que as tornavam inferiores, impedindo-as de possuir o discernimento acerca dos acontecimentos de maneira equivalente à figura masculina, bem como gerando ínfima inibição, fazendo com que a mulher não fosse capaz de controlar seus impulsos nas relações sociais, sendo completamente instável emocionalmente (Lombroso, 2017 [1893], p. 56). Justificando-se a isso também o pelo fato de que, uma vez que não possuía bens, nem o mínimo de direitos em sociedade, não conseguiria ser justa e respeitar os direitos dos outros (Lombroso, 2017 [1893], p. 68).

Quando estudamos os sentidos, vimos que, em todas as manifestações de sensibilidade, a mulher é inferior ao homem, e isto é especialmente verdadeiro em relação à sensibilidade sexual, e portanto na intensidade do amor. [...]Mas o amor da mulher para com o homem é formado sobretudo pelos instintos de devoção, que se desenvolvem nas relações entre um ser superior e outro inferior. [...]O amor feminino é, de fato, apenas um aspecto secundário da maternidade; todos os sentimentos de afeto que ligam a mulher ao homem não nascem do impulso sexual, senão dos instintos de devoção e submissão, desenvolvidos com a evolução. (Lombroso, 2017 [1893], p. 61-63)

Além disso, merece destaque o fato de que, para alguém das relações sociais propriamente ditas, no seu íntimo, a figura feminina era vista ainda como ardilosa, falsa e extremamente

mentirosa, possuindo propensão de maneira instintiva para a mentira. Exemplificando o pensamento, “[...] todas as pessoas já constatarem como as mulheres, quando em alguma situação inesperada, conseguem arquitetar uma mentira, [...] trata-se de algo tão inato, que as mulheres jamais podem ser inteiramente sinceras; todas são inconscientemente um pouco falsas” (Lombroso, 2017 [1893], p. 64). Assim, a partir da construção da visão da mulher como ser biologicamente não confiável, passa-se a justificar as razões para tal, apontando novamente que, devido a sua fraqueza, não podendo recorrer à violência física em caso de opressão, utilizaria então, da falsidade (Lombroso, 2017 [1893], p. 65).

Even where women do participate in such crimes their method of involvement appears to reflect their gender role and socialization. For example with homicides, women have been found most frequently to kill their relatives or lovers, using a minimum of violence, and most usually using a kitchen implement such as a knife (Wolfgang, 1958). All the available data on violent crimes by women appear to reflect the domestic world in which women still predominate and the use of such a weapon as the knife indicates familiarity with a weapon which is more usually a domestic tool (Smart, 2023, p. 76).

Outrossim, outras razões eram destacadas para a presença desse comportamento no gênero feminino. Fatores como a menstruação, o pudor, a luta sexual, o desejo de ser interessante, a inferioridade de critérios morais e até mesmo a maternidade eram levados em conta, apontando que, todos em conjunto contribuiriam para que, a mulher, “como a criou a sociedade, nada mais é que uma grande criança, e as crianças são mentirosas por excelência” (Lombroso, 2017 [1893], p. 65).

Assim, vê-se que de forma detalhada, as ideias da época refletidas através do positivismo criminológico reproduziam uma visão extremamente pejorativa de todo e quaisquer atributos e comportamentos femininos, alcançando até mesmo situações fisiológicas vividas pelas mulheres, moldando-as como seres totalmente incapazes, bem como menos merecedoras do apreço social, especificamente do apreço dos homens.

Dessa forma, ficando evidente a posição de inferioridade, irracionalidade e falsidade na qual a sociedade colocava a chamada “mulher normal”, cumpre trazer a perspectiva efetivamente da mulher delinquente.

Para a criminologia positivista, a delinquência feminina era vista como dupla excepcionalidade, a qual se explicaria a partir de dois fatores principais: a tendência criminosa ser inferior à presente nos homens, e a real prática de um crime (Martins, 2009, p. 7).

Isso pois, mesmo que em sua evidente degeneração, as potenciais delinquentes em sua maior parte poderiam nunca chegar concretamente a praticar o crime, sendo incapazes até mesmo de realizar no mundo fático suas ideias, eis que, estariam biologicamente “menos inclinadas ao crime do que os homens” (Lombroso, 2017 [1893], p. 155), e, “ao menos que seja dotada de força muscular semelhante à masculina, ou a vítima seja outra mulher, sou seu crime seja insidioso (como

envenenamento ou incêndio), sua coragem falhará (Lombroso, 2017 [1893], p. 192). Nesse sentido, “de degenerada moral à degenerada num sentido mais amplo, a figura da mulher na criminologia permaneceu a de uma anormal pertencente às classes subalternas” (Martins, 2009, p. 7), e ao tentar explicar o crime feminino, a corrente em apreço tende a reproduzir discursos discriminatórios, de forma a sustar a criminalidade feminina como uma aberração, pois, mais uma vez desafia não apenas as leis, mas os papéis de gênero impostos à mulher (Smart, 2013, p. 68).

The logic of Lombroso and Ferrero’s argument is based on a belief that the true, biologically determined nature of women is antithetical to crime. For men on the other hand, criminality is a more common feature of their natural characteristics. Hence if a woman is a true criminal type she is not only an abnormal woman she is biologically like a man. This myth assumes however that because there is a biological and chromosomal basis to sexual differentiation (i.e. male/female) there is also an equally immutable biological basis for gender differentiation (i.e. masculine/feminine) (Smart, 2013, p. 46).

Assim, somando-se todos os fatores com a misoginia e a submissão feminina amplamente presente na época, junto a percepção deturpada promovida sobre as mulheres, verifica-se uma constante de pensamento que, conforme observar-se-á, difere-se da atualidade apenas na obviedade com a qual é disseminada, permanecendo ainda velada nos dias de hoje.

2. A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

A criminalização da figura feminina, forjada no seio do positivismo criminológico, consolidou uma tradição de estigmatização e controle dos corpos e comportamentos das mulheres, especialmente daquelas que desafiam padrões morais e sociais impostos.

O discurso científico e jurídico dos séculos XIX e XX produziu narrativas que associaram a mulher à anormalidade, à irracionalidade e à predisposição ao delito, legitimando práticas discriminatórias e reforçando papéis sociais subalternos. Essa perspectiva, que moldou profundamente a construção do direito penal, ainda reverbera nas estruturas institucionais contemporâneas, perpetuando formas explícitas e sutis de violência institucional contra mulheres.

No Brasil, a violência institucional manifesta-se de maneira recorrente, tanto em práticas cotidianas quanto em dispositivos formais do sistema de justiça. Embora exemplos como a violação de direitos de familiares de pessoas privadas de liberdade — submetidos a constrangimentos, humilhações e procedimentos degradantes, como a revista íntima vexatória — sejam emblemáticos das múltiplas faces desse fenômeno, o foco central deste debate recai sobre a experiência das mulheres que, ao serem vítimas de violência sexual, encontram no processo penal não acolhimento, mas novos episódios de revitimização.

A violência institucional, enquanto fenômeno que transcende o indivíduo diretamente submetido à persecução penal, revela-se como uma engrenagem de práticas e omissões do Estado

que atingem, de modo difuso e persistente, não apenas o acusado, mas também seus familiares, sobretudo as mulheres.

Nesse sentido, o processo penal, historicamente marcado por seletividade e desigualdade, opera uma extensão da pena para além dos muros do cárcere, afetando a dignidade, a subjetividade e os direitos fundamentais daqueles que mantêm vínculos afetivos com pessoas privadas de liberdade.

O artigo 5º da Constituição Federal é categórico ao afirmar que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (Brasil, 1998), mas a realidade cotidiana revela que mães, esposas e filhos são constantemente tratados como suspeitos, submetidos a constrangimentos, humilhações e obstáculos no acesso à justiça “[...] o sistema prisional brasileiro trata, cotidianamente, mães, pais, esposas, maridos e filhos como marginais em busca de algum tipo de contato com o familiar encarcerado” (Tannuss et al.; 2018, p. 204).

A experiência da visita aos presídios — marcada por longas filas, revistas íntimas vexatórias e exposição à violência simbólica — constitui-se como um dos principais dispositivos de reprodução da violência institucional. A prática da revista íntima, em especial, é reiteradamente denunciada como degradante e incompatível com a dignidade humana, afetando principalmente as mulheres, que são maioria entre os visitantes. Como aponta o estudo:

[...] a revista íntima vexatória é um procedimento brutal que recai sobre os corpos e subjetividades de mulheres que precisam se submeter aos alvedrios do sistema prisional brasileiro. Sua prática pode ser considerada uma grave violação aos direitos humanos, maculando a dignidade das pessoas revistas e produzindo uma elevada carga de sofrimento psíquico (Tannuss et al., 2018, p. 212).

A atuação do Estado, ao invés de promover a proteção e a ressocialização, perpetua mecanismos de exclusão e sofrimento, transformando familiares em sujeitos de uma “pena compartilhada”. Essa expressão sintetiza o fenômeno pelo qual “a barbárie imposta aos presos transcende recorrentemente os muros penitenciários atingindo, por extensão, os familiares da população encarcerada” (Tannuss et al., 2018, p. 206). Trata-se de uma violência que, embora não prevista em lei, é legitimada pelo cotidiano institucional, reafirmando a lógica punitiva e o controle social.

No entanto, é no tratamento das mulheres vítimas de violência sexual que a violência institucional revela seu caráter mais perverso e estrutural. O positivismo criminológico, ao associar a mulher à figura do “outro perigoso”, naturalizou a criminalização de condutas femininas e justificou intervenções estatais pautadas no disciplinamento moral e social. Atualmente, essa lógica se atualiza na forma como o sistema penal lida com mulheres vítimas de violência sexual, submetendo-as a procedimentos invasivos, repetitivos e, muitas vezes, desnecessários.

[...] a violência institucional, no sistema de justiça brasileiro, é definida como a submissão da vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade, a situação de violência ou outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização (Grubba; Costa, 2024, p. 2).

A análise crítica da literatura revela que a vitimização secundária é resultado não apenas de omissões, mas também de práticas ativas de discriminação, desconfiança e tecnicismo excessivo, que desumanizam o atendimento e afastam as vítimas do acesso efetivo à justiça. O processo penal, ao invés de ser instrumento de reparação, torna-se, muitas vezes, espaço de revitimização, reafirmando desigualdades estruturais de gênero e poder, conforme aponta Vanessa de Biassio Mazzutti:

O pensamento equivocado de que a vítima é a perdedora e ocupa um segundo plano na concretização da justiça, com os efeitos negativos daí decorrentes, não podem mais ser aceitos na sociedade contemporânea, sob pena de ser comprometida a sua dignidade e seus direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico. (Mazzutti, 2011, p. 111).

Isso ocorre tanto pela ausência de preparo e sensibilidade dos agentes públicos quanto pela reprodução de estereótipos e hierarquizações sobre quem seria uma “vítima de verdade”. A violência institucional está profundamente enraizada nas relações sociais patriarcais e na cultura do direito, marcada por interesses e modos de sentir masculinos (Grubba; Costa, 2024, p.3). Tal estrutura faz com que o processo penal, em vez de proteger, duplique a violência sofrida pelas mulheres.

No sentido forte, o sistema de justiça criminal, salvo em situações contingentes e excepcionais, é um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência, duplica a violência exercida contra elas e as divide, sendo uma estratégia excludente que afeta a própria unidade (já complexa) do movimento feminista (Andrade, 2007, apud Grubba; Costa, 2024, p. 3).

A violência institucional no processo penal brasileiro se revela não apenas na perseguição e punição formal das mulheres acusadas de abortamento, mas também nos mecanismos simbólicos e morais que permeiam as decisões judiciais. Apesar de dispositivos legais como a suspensão condicional do processo ou da pena serem frequentemente apresentados como medidas despenalizadoras, sua aplicação revela a persistência de estratégias refinadas de controle sobre os corpos e a subjetividade feminina.

O próprio ato de indiciamento e julgamento das mulheres por autoaborto, previsto no artigo 124 do Código Penal, explicita a centralidade do discurso punitivista e da moralidade no trato estatal sobre a autonomia reprodutiva “[...] o conteúdo das decisões de suspensão (de processo e de pena) explicita o caráter moral das sentenças, bem como a discriminação de gênero e a violência institucional” (Silva et al., 2021, p. 2).

A análise das decisões judiciais evidencia que, mesmo quando há concessão de benefícios

legais, o Estado impõe condições que extrapolam o campo jurídico, adentrando o controle da vida privada e da conduta social das mulheres. Exemplo disso são as exigências de tratamento psicológico, restrições de circulação e imposição de comportamentos considerados socialmente adequados, como se observa na seguinte decisão:

As mulheres que interrompem gestações estão no alvo constante dos discursos repressivos, de abordagens invasivas e cerceadoras, de humilhações simbólicas e físicas mesmo que em ambientes que deveriam promover saúde e direitos humanos, sendo tocadas, expostas e impelidas ao silêncio pelo medo da privação de liberdade que paira como uma ameaça final (Silva et al., 2021, p. 12).

Tal cenário demonstra que a violência institucional não se limita à ameaça de privação de liberdade, mas se estende à imposição de um disciplinamento moral, que reforça estigmas de gênero e perpetua a desigualdade no acesso à justiça. O discurso jurídico, ao invés de garantir direitos, acaba por legitimar práticas que restringem a autonomia das mulheres e perpetuam a lógica patriarcal no sistema penal. Em síntese, a violência institucional no processo penal brasileiro, especialmente nos casos de abortamento, evidencia-se pela continuidade do controle punitivo, ainda que sob a roupagem de medidas alternativas, reafirmando o papel do Estado como agente de repressão e disciplinamento dos corpos femininos.

No contexto específico das mulheres vítimas de violência sexual, o sistema de justiça, que deveria atuar como espaço de garantia de direitos e acolhimento, frequentemente reproduz práticas que resultam em vitimização secundária, agravando o sofrimento de quem já foi alvo de agressão. Mesmo diante dessas inovações legais, “a estrutura e dinâmica do sistema legal expõem frequentemente as vítimas a cenários de revitimização, desamparo e, em alguns casos, desrespeito à sua dignidade” (Silva; Matusiak, 2024, p. 342). Essa violência institucional, portanto, não se limita a episódios pontuais, mas revela-se como fenômeno estrutural, decorrente tanto da cultura patriarcal quanto da tecnicidade excessiva e da falta de empatia no trato com a vítima.

Assim, observa-se que a vitimização secundária ocorre, em grande parte, devido à postura dos agentes do sistema de justiça, que, por despreparo ou insensibilidade, acabam por tratar a vítima como objeto de investigação, e não como sujeito de direitos. Onde, por muitas vezes, “[...] delegados de polícia que não entendem a natureza feminina que fora despedaçada e, em vez de fazer uma acolhida inicial, tratam a vítima como um pedaço de carne” (Gonzaga apud Silva, 2024, p. 347).

A necessidade de um depoimento mais humanizado e protegido para mulheres vítimas de violência sexual é, portanto, urgente. A aplicação do depoimento especial, já previsto para crianças e adolescentes pela Lei n. 13.431/2017, é apontada como medida imprescindível para todas as mulheres, independentemente da idade, como forma de mitigar a violência institucional e promover

uma justiça verdadeiramente equitativa e sensível. Nesse sentido, a violência institucional no processo penal não se resume a falhas pontuais, mas reflete a necessidade de uma profunda reestruturação dos procedimentos e da cultura institucional, para que se garanta às vítimas respeito, empatia e justiça em todas as fases do processo.

A partir disso, quando tratamos acerca da gravidade da violência sexual no Brasil, tem-se que esta pode ser constatada a partir dos dados alarmantes sobre o número de estupros e estupros de vulnerável, que crescem a cada ano. Esse fenômeno, que pode ser descrito como uma verdadeira “epidemia invisível”, representa uma crise de saúde pública que, apesar de seu impacto devastador, ainda não recebe a devida atenção das autoridades e da sociedade. A subnotificação é um dos maiores entraves ao enfrentamento do problema: muitos casos não chegam ao conhecimento das instituições oficiais devido ao medo, à vergonha e à falta de confiança das vítimas no sistema de justiça e nos serviços públicos. Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023), apenas no primeiro semestre de 2023, houve um aumento de 16,3% nos registros de estupro e estupro de vulnerável, sendo possível afirmar que, a cada 8 minutos, uma menina ou mulher é estuprada no país.

Diante desse cenário, tornou-se indispensável a formulação de políticas públicas específicas para o enfrentamento da violência contra as mulheres. Nesse contexto, destaca-se a criação da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, em 2011, fundamentada no Plano Nacional de Políticas para Mulheres (PNPM) e na I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (2004). Este movimento, articulado com a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e com tratados internacionais ratificados pelo Brasil, consolidou o conceito de violência baseada no gênero, abrangendo qualquer ação ou conduta que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto privado (Brasil, 2006). Entre as diversas formas de violência reconhecidas oficialmente, destaca-se a violência institucional, objeto central desta análise (Brasil, 2011).

A violência institucional manifesta-se quando agentes públicos, que deveriam proteger e acolher as vítimas de violência sexual, acabam por submetê-las a procedimentos desnecessários, repetitivos e invasivos durante a investigação e o processo penal. Essas práticas, muitas vezes naturalizadas nos órgãos oficiais do Estado, intensificam sentimentos de desamparo, frustração e vergonha, agravando o sofrimento das vítimas. Essa sobrevitimização é ainda mais preocupante do que a própria vitimização primária, pois é produzida exatamente por aqueles encarregados de evitar novos danos:

[...] decorre da atuação dos órgãos estatais e dos demais responsáveis pelo controle social, desde policiais e serventuários aos juízes e promotores de justiça, que desconsideram a vontade da vítima e os seus direitos decorrentes da prática de determinado crime, fazendo

com que se potencialize os efeitos da vitimização. A sobrevivitização é mais preocupante que a própria vitimização, haja vista que é gerada pelos órgãos encarregados de evitá-la (Barros; Júnior, 2012, p. 539-576).

O reconhecimento da violência institucional foi reforçado pela Lei nº 14.321/2022, que alterou a Lei nº 13.869/2019 (crimes de abuso de autoridade) e incluiu o artigo 15-A, definindo com precisão essa conduta:

Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade:

I - a situação de violência; ou

II - outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização.(Brasil, 2022).

Apesar da gravidade dos crimes sexuais, sua comprovação é frequentemente dificultada pela natureza dos fatos e pela escassez de provas materiais, que são facilmente perecíveis. Assim, a *notitia criminis* torna-se fundamental para a instauração da persecução penal, cabendo à Polícia Civil, enquanto polícia judiciária, a tarefa de reunir os elementos mínimos que demonstrem a materialidade e a autoria do delito. No entanto, o atendimento inicial nas delegacias costuma ser marcado por descrédito e insensibilidade, agravados pelo predomínio de homens no quadro funcional da Polícia Civil, o que pode tornar ainda mais dolorosa a experiência das mulheres vítimas de violência sexual.

Infelizmente, o tratamento dispensado a essas vítimas é, por vezes, desumano e preconceituoso. Muitas mulheres, ao buscarem justiça, são submetidas a questionamentos invasivos sobre sua aparência, vestimentas e vida sexual, numa tentativa velada de transferir, assim, a responsabilidade pelo crime à vítima.

3. REVITIMIZAÇÃO DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL COMO REFLEXO DA CRIMINALIZAÇÃO SOCIAL DA MULHER

Apresentadas a forma como a figura feminina era representada e criminalizada no positivismo criminológico, bem como conceituada a violência institucional, cumpre trazer a forma como, através dela, as vítimas de violência sexual são revitimizadas através da percepção social pejorativa acerca da mulher, refletindo argumentos e pensamento semelhantes aos reproduzidas no século XIX.

A criminalização social da mulher, pode ser entendida como aquela que ocorre de maneira não manifesta, reproduzida através de um modelo de justiça patriarcal e principalmente, marcado pela criminologia positivista, de modo que se volta “[...] tanto para imunizar a bela, recatada e do lar [...] - quanto para criminalizar, independente de transgressões normativas, aquela que se afastar deste estereótipo” (Parreiras, 2021, p. 27). Assim, através dela, “a faceta androcentrista do sistema

de justiça criminal brasileiro se oculta em ferramentas legais [...] utilizados para promover processos de criminalizações camuflados” (Parreiras, 2021, p. 27, p. 28).

Nos casos envolvendo vítimas de estupro, temos que, essa criminalização ocorre de maneira muito mais acentuada e marcante, evidenciando realmente a faceta estereotipada ao redor das decisões, bem como do tratamento fornecido às vítimas mulheres dessa violência, de modo que, a figura feminina passa, nesse tipo de processo, pela condição de vítima duplamente. Primeiro, vítima do próprio crime em si; e após, vítima do sistema que deveria acolhê-la e protegê-la.

A violência institucional cria o fenômeno da revitimização, expressão que tem se tornado comum no Judiciário Brasileiro. O tratamento com descaso, negligência e preconceito por parte das autoridades gera a vitimização secundária. O despreparo por parte de agentes públicos que, por meio de perguntas ofensivas e vexatórias, por exemplo, prejudicam ainda mais o psicológico da vítima, fazendo que esta reviva diversas vezes a violência sofrida (Albuquerque; Estrela; Santana; Figueiredo, 2023, p. 22).

Assim, revitimização, ou vitimização secundária gerada pela violência institucional, é aquele ocasionada pelas instâncias formais de controle social no decorrer da apuração e processamento do crime. “[...] Ocorre quando a vítima busca o aparelho estatal ante a prática de um crime, porém, a ausência ou a falha no atendimento e amparo lhe impõe novo constrangimento (Albuquerque; Estrela; Santana; Figueiredo, 2023 p. 19)”.

De forma que, enquanto sujeito passivo dos crimes de violência sexual, a mulher, desde o início da persecução penal tem sua fala deslegitimada, sendo frequentemente questionada de maneira estereotipada sobre: suas vestimentas, suas companhias e até mesmo sobre o local em que se encontrava (Gava, 2022, p. 38); sendo os questionamentos a tentativa falha de atribuir à vítima a culpabilidade pelo ocorrido, gerando uma “estratégia de condenação moral, baseada em estereótipos, estigmas sociais, e condenações de gênero” (Medeiros; Suptitz, 2022, p. 92). Fazendo com que, a narrativa dos fatos feita pela vítima seja carente de credibilidade, unicamente em razão do gênero a que pertence (Medeiros; Suptitz, 2022, p. 12); inserindo-a no processo penal como objeto sobre o qual é preciso preservar sua virgindade e zelar por sua reputação como mulher, perante a sociedade.

Observa-se então, que “o sistema de justiça criminal opera mediante a ‘lógica da honestidade’ em relação às vítimas de violência sexual, havendo uma separação entre as mulheres consideradas ‘honestas’ e ‘desonestas’, tomando-se como referencial a moral sexual predominante, em cada época (Paula; Rocha; APUD Rossi, 2021, p. 3). De modo que, os agentes jurídicos envolvidos na demanda acabam por reproduzir métodos argumentativos que se perpetuam durante os séculos, vivenciados inclusive pelas mulheres do século XIX, quando do positivismo criminológico, deixando em dúvida sua palavra, e buscando colocar-lá em posição de promíscua, elencando suspeitas que, atingindo o campo moral da vítima e da sociedade, promovem suspeitas

difamatórias na busca de tentar justificar o crime (Paula; Rocha; APUD Rossi, 2021, p. 3).

Além disso, de forma mais aprofundada, é possível destacar como a violência institucional se manifesta na prática, por meio de casos emblemáticos em que a criminalização da vítima foi evidente e amplamente documentada, como nos casos de Doca Street e Mariana Ferrer.

O caso envolvendo a socialite Angela Diniz e seu assassino, Doca Street, ocorreu em dezembro de 1976, onde ambos mantinham um relacionamento amoroso havia cerca de quatro meses antes do crime. O feminicídio se concretizou após Angela decidir encerrar a relação em razão de conflitos recorrentes entre o casal, decisão que não foi aceita por Doca, que a assassinou com disparos de arma de fogo (Bonazza, 2021, p. 33).

Durante o julgamento, a estratégia de defesa adotada pelo advogado do réu consistiu na desqualificação moral da vítima, buscando atenuar a responsabilidade do agressor por meio da construção de uma narrativa que culpabilizava Angela. Ela foi retratada como uma mulher manipuladora, cuja atitude sedutora teria levado Doca à perda de controle, contrariando o modelo idealizado de "mulher respeitável". Tal abordagem teve como efeito simbólico e jurídico a revitimização da mulher assassinada, transformando a vítima em coautora simbólica do próprio crime (Bonazza, 2021, p. 33).

Por sua vez, o caso da influenciadora digital Mariana Ferrer, ocorrido recentemente, em 2019, evidencia que, mesmo décadas após casos emblemáticos como o de Angela Diniz, o discurso institucional diante de vítimas de violência de gênero permanece substancialmente o mesmo. É possível verificar que persiste a prática de “[...] pôr em dúvida a palavra da vítima, colocá-la num contexto de ‘promiscuidade’, elencar suspeitas difamatórias e promover um desfile de condenação moral da vida da vítima.” (Paula; Rocha, 2021, p. 62).

No episódio, Mariana Ferrer relatou ter sido vítima de violência sexual durante um evento no qual atuava profissionalmente, afirmando ter poucas lembranças do ocorrido e levantando a hipótese de ter sido dopada. A defesa do acusado, no entanto, pautou-se mais uma vez na tentativa de deslegitimar a vítima, recorrendo inclusive à exposição de fotos pessoais da jovem, com o intuito de sustentar uma narrativa baseada na suposta promiscuidade, como argumento para descaracterizar o crime.

A violência institucional tornou-se ainda mais evidente durante a audiência de instrução e julgamento, cujo conteúdo foi divulgado pelo site The Intercept Brasil. Nessa ocasião, a vítima foi submetida a uma série de humilhações e ataques morais, reforçando a prática de revitimização dentro do próprio sistema de justiça penal. Sendo possível a verificação de que há presença de uma “especial tentativa de criação do ethos da vítima, como estratégia de condenação moral, baseada em estereótipos, estigmas sociais, e condenações de gênero” (Medeiros; Suptitz, 2022, p. 92).

Ainda que os ataques à dignidade da vítima já representassem, por si só, uma problemática grave, observa-se como a violência institucional se consolidou no caso apresentado sobretudo pela omissão das autoridades jurídicas presentes na audiência. Assim, os agentes que deveriam zelar pela integridade do processo e pelo respeito à vítima, se absteram em conter os abusos verbais e simbólicos aos quais Mariana fora exposta.

De modo que, a ausência de qualquer ação por parte do juiz e demais representantes legais não apenas legitimou tais condutas, como também permitiu que a revitimização ocorresse de forma contínua e pública ao longo do procedimento judicial (Medeiros; Suptitz, 2022, p. 101).

Nesse contexto, observa-se um ambiente em que a vítima é sistematicamente desconsiderada em sua condição de sujeita de direitos, sua palavra é desacreditada, sua identidade é atacada e sua dor é instrumentalizada em uma tentativa de se preservar a reputação do agressor. Onde ainda, tal dinâmica é reforçada pelos agentes penais que, em tese, deveriam garantir proteção e justiça, mas que na prática, contribuem para a perpetuação de uma lógica punitiva invertida onde quem sofre a violência é tratado como culpado e criminalizado.

A insistência em ressuscitar estereótipos de gênero e preconceitos para associar o comportamento da vítima à sua própria culpabilização caracteriza o processo de revitimização, ou vitimização secundária, perpetrado pelo sistema de justiça criminal durante a investigação e o julgamento (Nascimento, 2019, p. 9). Embora a revitimização possa ocorrer em qualquer crime violento, ela é especialmente frequente nos delitos sexuais, em razão do estigma social que recai sobre a mulher violentada, frequentemente vista como responsável pela violência sofrida (Nascimento, 2019, p. 9).

O despreparo das autoridades policiais para acolher e orientar adequadamente as vítimas contribui para o aumento da resistência em procurar as instituições competentes. Esse contexto de vitimização secundária explica, em parte, por que apenas cerca de 15% dos estupros são reportados às autoridades, segundo o Atlas da Violência. O mesmo relatório destaca que “a sociedade ainda se encontra engessada pelos estigmas sociais, que fazem com que as vítimas, em sua grande maioria, não reportem a qualquer autoridade o crime sofrido” (Atlas da Violência, 2019, p. 57).

Uma das estratégias para enfrentar esse quadro foi a criação de delegacias especializadas no atendimento à mulher, que, além de oferecerem um ambiente menos constrangedor, tendem a reduzir abordagens inapropriadas. Contudo, a superação da violência institucional exige mais: é imprescindível a existência de uma rede integrada de atendimento, envolvendo saúde, educação, segurança pública, justiça e assistência social, articulada por meio de ações de prevenção, proteção, responsabilização e garantia de direitos. Quanto a isso, Mazzutti (2011, p. 118) entende que a justiça restaurativa representa uma alternativa viável ao modelo tradicional, pois coloca a vítima no

centro do processo e busca soluções consensuais e reparatórias para o conflito penal, contribuindo para a humanização da justiça e para a reconstrução dos vínculos sociais rompidos pelo delito.

Enquanto não houver preparo e sensibilização dos agentes públicos, práticas constrangedoras e discriminatórias continuarão a ser reproduzidas, afastando a sociedade do ideal de justiça igualitária. A violência institucional, quase sempre dirigida ao gênero feminino, perpetua a vitimização secundária ao tratar a mulher como mero objeto de prova, e não como sujeito de direitos e proteção.

Durante todo o trâmite da ação penal, a vítima é frequentemente obrigada a relatar os fatos repetidas vezes, revivendo a dor e agravando seu sofrimento psicológico. Como sintetiza Souza (2019, p. 13): “Nisso consiste o processo de revitimização ou vitimização secundária, o sofrimento repetido que a vítima é submetida ao relembrar e falar sobre os fatos”.

Sendo certo que a reparação integral dos danos sofridos pela vítima deve ser prioridade do sistema de justiça criminal. Mecanismos ágeis e eficazes de ressarcimento são indispensáveis para assegurar a dignidade do ofendido e restaurar sua confiança nas instituições públicas.

O sistema penal, em que pese abarcar todo um conjunto de regras e princípios norteadores da vida em sociedade, lamentavelmente, ainda encontra pontos de ineficácia em seu funcionamento, sobretudo, no que tange às pessoas vitimadas no conflito (Mazzutti, 2011, p. 117).

Diante de tais desafios, torna-se evidente a necessidade de uma profunda reforma no sistema penal, que alinhe a punição dos agressores com abordagens realmente protetivas e humanizadas para as vítimas, garantindo-lhes respeito, acolhimento e justiça de que necessitam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento do positivismo criminológico, ocorrido ao final do século XIX, refletia em suas linhas gerais, a tentativa de reprodução através dos métodos científicos de estereótipos e verdadeiros preconceitos que eram difundidos pela parte dominante da sociedade da época - a qual consistia em homens brancos de classes abastadas-, categorizando certos indivíduos em específico, de modo a enquadrá-los como criminosos, merecedores ou não do apreço social. Nesse sentido, quando analisamos a forma como, dentro desse pensamento, a figura feminina era representada, temos uma discrepância ainda maior na tratativa da mulher “normal” e da mulher delinquente, em relação à figura masculina; sendo considerada mesmo em sua normalidade, como movida por irracionalidades, falsidades e mesmo pela maneira como demonstrava sua sexualidade, a mulher da época via sobre a égide do julgamento masculino, inferiorizada e descredibilizada perante as relações sociais.

Ainda, a violência institucional, nos dias de hoje propagada pelas instâncias de justiça

frente às vítimas que deveria acolher, se mostra um fator de grande preocupação quando tratamos de violências de gênero, demonstrando o despreparo das autoridades de todas as instâncias da persecução penal para lidar com tais situações; as quais são acentuadas quando tratamos da perspectiva das vítimas de violência sexual inseridas em nosso sistema criminal.

Deste modo, com base na análise do tratamento fornecido às mulheres vítimas de violência sexual, bem como dos discursos reproduzidos através dos casos práticos trazidos, conclui-se a partir dos resultados encontrados que, a visão androcentrista difundida no século XIX, como decorrência do positivismo criminológico, a qual trazia uma percepção objetificada e pejorativa da figura feminina, é um discurso que permanece ainda nos dias de hoje, sendo propagado por sua vez pelos agentes penais por meio da violência institucional, revitimizando as vítimas de violência sexual e nelas gerando uma vitimização secundária. Dessa forma, evidenciando a influência e permanência na sociedade contemporânea, em específico no sistema criminal, da violência de gênero e misoginia difundidos há mais de 200 anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Esdras Ferreira; ESTRELA, Gabriel de Medeiros; SANTANA, Gabriel Moreira de; FIGUEIREDO, Carla Pedrosa de. O PAPEL DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA: UM DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL. **DIREITO, ECONOMIA E SOCIEDADE: 2022. DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-1.** Disponível em: (41) O Papel Da Mulher Vítima De Violência: Um Estudo Da Violência Institucional No Âmbito Processual Penal | Esdras Ferreira - Academia.edu. Acesso em: 08 jun. 2025.

ALVES, Schirlei. **JULGAMENTO DE INFLUENCER MARIANA FERRER TERMINA COM TESE INÉDITA DE “ESTUPRO CULPOSO” E ADVOGADO HUMILHANDO JOVEM.** The Intercept Brasil: 2020. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/> Acesso em: 06 jun. 2025.

ANDRADE, V. F. Gênero e justiça criminal: reflexões feministas sobre a (in)eficácia do direito penal na proteção das mulheres. In: GRUBBA, L. A.; COSTA, A. C. (orgs.). Violência institucional e revitimização no sistema de justiça criminal brasileiro. **Revista de Estudos Feministas**, v. 32, n. 1, p. 1-20, 2024.

BONAZZA, Giovanna Albuquerque. **A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NO TRIBUNAL DO JÚRI: REALIDADE HISTÓRICA E ANÁLISE CRÍTICA - ESTUDO DE CASOS: DOCA STREET E NOVA ERA/MG.** Brasília: Universidade de Brasília, 2021. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/29804>. Acesso em: 17 jun. 2025.

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

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União: seção 1, p. 23941, 31 dez. 1940. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 02 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, 8 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 02 jul 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.431**, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, 5 abr. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. **Lei Nº 14.245, 2021**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm. Acesso em: 25 jun. 2025.

BUENO, Samira; LAGRECA, Amanda; SOBRA, Isabela; NASCIMENTO, Talita; CARVALHO, Thais. Violência contra meninas e mulheres no 1º semestre de 2023. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, 2023. Disponível em: <https://apidspace.universilab.com.br/server/api/core/bitstreams/1dad654e-1682-4ddb-93b2-68f7583d60f2/content>. Acesso em: 03 jun. 2025.

FERRERO, Guglielmo; Lombroso Cesare. **A mulher delinquente: A prostituta e a mulher normal**. Trad. Antonio Fontoura Jr.: Curitiba, 2017, 250 p.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

GAVA, Leonardo Endringer. **Uma análise vitimológica da vítima de estupro de vulnerável dentro da ação penal, como sujeito de direitos**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória. 2022. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/1421>. Acesso em: 08 jun. 2025.

GONZAGA, M. C. Acolhimento e escuta de mulheres vítimas de violência sexual: desafios no sistema de justiça. In: SILVA, R. P. (org.). Depoimento especial e revitimização de mulheres vítimas de violência sexual: avanços e desafios à luz da Lei Mariana Ferrer. **Revista Brasileira de Criminologia**, v. 6, n. 2, p. 340-355, 2024.

GRUBBA, L. A.; COSTA, A. C. Violência institucional e revitimização no sistema de justiça criminal brasileiro. **Revista de Estudos Feministas**, v. 32, n. 1, p. 1-20, 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA); FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Atlas da Violência 2019**. Brasília, DF: IPEA; FBSP, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/19/atlas-da-violencia-2019>. Acesso em: 20 jun. 2025.

MARTINS, Simone. A MULHER JUNTO ÀS CRIMINOLOGIAS: DE DEGENERADA À VÍTIMA, SEMPRE SOB CONTROLE SOCIOPENAL. Fractal: **Revista de Psicologia**, v. 21 - n. 1. p. 111-124, Jan/Abr. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/fractal/a/XKKhfVLqGttq83gsd9x5dPj/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 12 jun.

2025.

MAZZUTTI, Vanessa Biassio. Processo penal sob a perspectiva da vítima: uma leitura constitucional a partir dos direitos humanos. 2011. 177 f. **Dissertação (Mestrado em Direito) – UENP.**

MEDEIROS, Raissa Rayanne Gentil de; SUPTITZ, Kauê. “Jamais teria uma filha do teu nível”: ethos e a retórica do Caso Mari Ferrer. **Revista Ensaios de Retórica Forense**, Vol. 2. Editora Fi: Brasília, 2022. Disponível em: https://www.academia.edu/67837577/_Jamais_teria_uma_filha_do_teu_n%C3%ADvel_ethos_e_a_ret%C3%B3rica_no_Caso_Mari_Ferrer. Acesso em: 15 jun. 2025.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série IDP: pesquisa acadêmica). ISBN 978-85-02-20713-4.

MORAIS, Ana Clarissa Ferreira; QUEIROZ; Danielly Stefany Bezerra; MIRANDA, Débora de Barros Correia. **A sobrevitimização da mulher no procedimento de apuração dos crimes sexuais**. 2021. N°. de fls. 33. Monografia (Graduação de Direito) - Associação Caruaruense de Ensino Superior Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA, Caruaru-PE, 2021. Disponível em: <https://200-98-146-54.cloudouol.com.br/bitstream/123456789/3381/1/A%20SOBREVITIMIZA%C3%87%C3%83O%20DA%20MULHER%20NO%20PROCEDIMENTO%20DE%20APURA%C3%87%C3%83O%20DOS%20CRIMES%20SEXUAIS.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2025.

PARREIRAS, Núbio Mendes. A CRIMINALIZAÇÃO ANDROCENTRISTA DO CASO MARI FERRER. **BOLETIM Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM**, 2021. Ano 29 - n 348. Novembro/2021. ISSN 1676-3661. Disponível em: https://www.academia.edu/71097995/A_criminaliza%C3%A7%C3%A3o_androcentrista_do_caso_Mari_Ferrer. Acesso em: 09 jun. 2025.

RAFTER, Nicole Hahn. **Partial justice: women, prisons, and social control**. 2. ed. New York: Routledge, 2017. ISBN 978-0-88738-826-2.

ROCHA, JORGE BHERON; PAULA, MARCELA MAGALHAES DE. **DE ARTEMISIA GENTILESCHI A MARIANA FERRER: A VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA DE MULHERES VIOLENTADAS E O PROCESSO PENAL**. In: International conferences: congresso internacional do grupo Unis, congresso internacional de la red Acinnet e jornada interinstitucional strictu senso e Representações Sociais. Anais.Varginha(MG) Online, 2021. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/vci2021/350701-de-artemisia-gentileschi-a-mariana-ferrer--a-vitimizacao-secundaria--de-mulheres-violentadas-e-o-processo-penal/>. Acesso em: 01 jul. 2025.

SILVA, L. G.; OLIVEIRA, E. M.; COSTA, F. D. A criminalização do autoaborto e a violência institucional contra mulheres: análise de decisões judiciais. **Revista Brasileira de Direito**, v. 17, n. 2, p. 1-18, 2021.

SILVA, R. P.; MATUSIAK, M. Depoimento especial e revitimização de mulheres vítimas de violência sexual: avanços e desafios à luz da Lei Mariana Ferrer. **Revista Brasileira de Criminologia**, v. 6, n. 2, p. 340-355, 2024.

SMART, Carol. **Women, crime and criminology: a feminist critique**. London: Routledge, 2013. ISBN 978-0-415-64417-4.

TANNUSS, Rebecka Wanderley; SILVA JUNIOR, Nelson Gomes de Sant'Ana; OLIVEIRA, Isabel Maria Farias Fernandes de. Pena compartilhada: das relações entre cárcere, família e direitos humanos. **Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 6, n. 2, p. 203-218, set. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v6i2.3936>. Acesso em: 27 jun. 2025.

ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra; PINTO, Fernando Miler Lima. Feiticeiras e criminosas: a latente violência contra a mulher na sua invisibilização pela criminologia. **Revista Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas**. Editora Aya, 2022.

CRIMINOLOGICAL KNOWLEDGE AND MINORIST LEGISLATION IN AUTHORITARIAN BRAZIL (1964–1985)

Alexander Rodrigues de CASTRO¹

ABSTRACT

This article examines the relationship between criminological knowledge and *minorist* legislation in Brazil during the military dictatorship (1964–1985), focusing on the 1979 Code of Minors. Drawing on historical and critical criminological approaches, it argues that the legal category of the “minor in an irregular situation” served as a tool for the institutionalization and control of underprivileged youth, operating within a broader apparatus of state repression. The study traces the genealogy of this category to pre-1964 discourses rooted in positivist criminology and eugenics which pathologized poverty and legitimized tutelary interventions. It then analyzes how the military regime adapted these frameworks to its authoritarian objectives, using expert knowledge and national security ideology to justify institutionalization and segregation through a dual legal system that criminalized youth poverty. The article concludes that the 1979 Code did not protect children but legalized their exclusion, leaving a punitive legacy that persists beyond the dictatorship. By historicizing this legal structure, the article highlights the enduring entanglement between law, science, and authoritarianism in the governance of marginalized youth.

KEYWORDS: Juvenile Justice; Criminology; Military Dictatorship; Minor in Irregular Situation; Social Control

RESUMO

Este artigo examina a relação entre o saber criminológico e a legislação menorista no Brasil durante a ditadura militar (1964–1985), com foco no Código de Menores de 1979. Com base em abordagens históricas e da criminologia crítica, argumenta-se que a categoria jurídica do “menor em situação irregular” serviu como instrumento de institucionalização e controle da juventude em situação de vulnerabilidade, operando dentro de um aparato mais amplo de repressão estatal. O estudo traça a genealogia dessa categoria a discursos anteriores a 1964, enraizados na criminologia positivista e na eugenia, que patologizavam a pobreza e legitimavam intervenções tutelares. Em seguida, analisa como o regime militar adaptou esses referenciais aos seus objetivos autoritários, valendo-se do saber especializado e da ideologia da segurança nacional para justificar a institucionalização e a segregação por meio de um sistema jurídico dual que criminalizava a pobreza juvenil. O artigo conclui que o Código de 1979 não protegeu as crianças, mas legalizou sua exclusão, deixando um legado punitivo que persiste além da ditadura. Ao historicizar essa estrutura jurídica, o texto destaca o entrelaçamento duradouro entre direito, ciência e autoritarismo na gestão da infância marginalizada.

1 Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (Florença, Itália). Pós-doutorado pela Westfälische Wilhelms Universität Münster (Alemanha) e pela Freie Universität Berlin (Alemanha) Possui mestrado em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Foi pesquisador visitante no Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno da Università degli Studi di Firenze, no Institut für Rechtsgeschichte e no Exzellenzcluster Religion und Politik in den Kulturen der Vormoderne und der Moderne, ambos da Westfälische Wilhelms Universität Münster (Alemanha), bem como no Lateinamerika Institut da Freie Universität Berlin (Alemanha). Também foi resident fellow do Polish Institute of Advanced Studies da Academia de Ciências da Polônia. Trabalhou como pesquisador (wissenschaftlicher Mitarbeiter) no Institut für Rechtsgeschichte da Westfälische Wilhelms Universität Münster. Foi professor substituto na Universidade Federal de Santa Catarina. Atualmente é professor dos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu em Direito (mestrado e doutorado) da UniCesumar. Leciona direito penal e história do direito. Realiza pesquisas na área de Direito Penal e de História do Direito (com ênfase sobretudo em História do Direito Penal).

PALAVRAS-CHAVE: Justiça juvenil; Criminologia; Ditadura militar; Menor em situação irregular; Controle social

INTRODUCTION

The articulation between criminological knowledge and legal structures has long played a fundamental role in the production and management of social categories in Brazil. One of the most telling examples is the treatment of children and adolescents under the so-called minorist legislation, especially during the military dictatorship (1964–1985). In this context, underprivileged youth were increasingly framed not as rights-bearing individuals but as objects of tutelary and correctional intervention, often justified through technical discourses rooted in positivist criminology and doctrines of social defense. These frameworks served not only to explain deviant behavior but to naturalize and institutionalize the control of marginalized populations within a broader authoritarian project.

This paper investigates how criminological knowledge informed the Brazilian minorist legal framework during the authoritarian period, with particular emphasis on the 1979 Code of Minors. It aims to demonstrate that the legal category of the “minor in an irregular situation” was not merely a juridical abstraction but the product of historically situated discourses that constructed youth deviance through classist, racialized, and medical-legal lenses. By examining the genealogy of this concept and its consolidation under the dictatorship, this study seeks to reveal the entanglement between legal norms, expert knowledge, and state repression.

The historical backdrop of this investigation is marked by the consolidation of a national security regime in Brazil following the 1964 military coup. During this period, authoritarian governance relied heavily on the instrumentalization of legal institutions and scientific discourses to legitimize mechanisms of surveillance, correction, and exclusion. In the realm of juvenile justice, this translated into the expansion of institutions such as FEBEMs (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor), where the containment of so-called “minors problem” was pursued under the guise of assistance and protection. The use of criminological expertise to categorize, diagnose, and manage youth populations reflects a broader phenomenon in which knowledge operated as a technology of state control, particularly through FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor), an institution created by the 1964 regime to study the “minors problem.”

The central thesis of this paper is that the minorist legislation enacted and enforced under the Brazilian military regime was profoundly shaped by criminological rationalities that predated the dictatorship but were adapted to serve its authoritarian imperatives. Far from being a neutral or benevolent form of social protection, the 1979 Code of Minors represented a codification of

exclusionary principles rooted in earlier discourses of dangerousness, abnormality, and social maladjustment.

Methodologically, the study adopts a historical-analytical approach grounded in the intersection of legal history and critical criminology. It draws upon primary legal texts – including the 1927 and 1979 Codes of Minors – as well as contemporary doctrinal writings, institutional reports, and scholarly analyses. Theoretical guidance is drawn from Latin American critical criminology (e.g., Zaffaroni, Malaguti Batista), social history of law, and Foucauldian studies on knowledge and power. This interdisciplinary framework allows for a nuanced understanding of how legal categories emerge, stabilize, and function within broader regimes of governance.

In doing so, the paper contributes to ongoing efforts to historicize Brazilian juvenile justice, interrogate the role of expert knowledge in the administration of authoritarian rule, and uncover the genealogies of concepts that continue to influence contemporary debates on childhood, deviance, and legal protection.

1. CRIMINOLOGICAL DISCOURSES ABOUT UNDERPRIVILEGED YOUTH IN BRAZIL (PRE-1964)

The treatment of underprivileged youth in Brazil prior to the 1964 military coup must be understood within the framework of criminological doctrines that gained prominence in the late 19th and early 20th centuries. Chief among these were positivist criminology and the theory of social defense, both of which significantly influenced legal, medical, and social responses to youth considered abandoned, deviant, or criminal. These theories justified a range of tutelary and correctional measures under the guise of scientific rationality and social progress, masking mechanisms of social control primarily aimed at the children of the poor.

Positivist criminology, rooted in the works of Cesare Lombroso and Enrico Ferri, emphasized biological determinism and the supposed innate criminal tendencies of certain individuals. In Brazil, this school found resonance through figures such as Nina Rodrigues and Evaristo de Moraes, who adapted and propagated its core tenets. The positivist paradigm was appropriated by Brazilian elites as a tool to interpret and manage the growing populations of impoverished youth in urban centers (Rizzini 2011, p. 71). Rodrigues in particular saw Afro-Brazilian populations as naturally inclined toward criminality and degeneration, a view that permeated early juvenile policies with a distinctly racialized bias (Rizzini, 2011, p. 48).

This criminological lens also converged with social hygiene and eugenic ideologies, which gained institutional ground in Brazil during the First Republic (1889–1930). The hygienist discourse, especially in the work of Arthur Moncorvo Filho, pathologized poverty and positioned

the poor child as both a symptom of social decay and a threat to national progress (Câmara, 2013, pp. 60-67). Moncorvo Filho championed state-led interventions in the name of public health, establishing institutions like the Instituto de Proteção e Assistência à Infância (IPAI) and producing a prolific body of literature that merged medicalized views of childhood with patriotic duty (Moncorvo Filho, 1919-1921, p. 7).

Within this intellectual context, childhood came to be viewed not as a stage of development deserving of protection, but as a formative battleground upon which the future of the nation would be forged. The conceptualization of childhood, particularly for poor and racialized populations, was grounded in a moralizing and disciplinary framework. This view aligned with dominant notions of productivity, hygiene, and civility, all of which were seen as attributes to be instilled in the child by the state and its appointed agents (Ferreira, 1995, pp. 169-171).

Legal scholars reinforced these views by developing a jurisprudence tailored to the control of so-called “minors”. One of the most influential was José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, who drafted the 1927 Code of Minors. His work emphasized the environmental causes of juvenile deviance but did not deny the role of hereditary degeneracy. For Mello Mattos, youth crime was symptomatic of broader social disorders and required state intervention through tutelary, not penal, measures. He advocated replacing concepts like discernment and culpability with ideas of moral rescue and correction, thus crafting a legal category of the “minor” as a passive object of state protection rather than a rights-bearing subject, thus aligned with the philanthropism of the “child-saving movement” (Rizzini, 2011, pp. 99-105), which was imported from North America and Europe. Brazilian jurists and medical experts adapted the salvational discourse to national contexts, merging philanthropic rhetoric with mechanisms of control (de Castro; Rigolin, 2024, p. 427-432). The juvenile court system established in the early 20th century, along with institutions like the Patronatos Agrícolas and Escolas Correcionais, were designed to discipline and mold them according to prevailing ideals of morality, productivity, and subordination (de Castro; Rigolin, 2024, pp. 433-436).

In the eyes of these reformers, children of the urban poor were not simply vulnerable – they were morally and biologically suspect. The very freedom of children living in the streets was interpreted as a form of savagery, leading to the dissemination of the idea of “juvenile delinquency” and thus justifying their removal from familial and communal environments and their relocation to state-run institutions (Cunningham, 2021, pp. 1-2). These institutions were conceived as places of moral reformation, often modeled on middle-class ideals of domesticity but realized through militarized discipline and coercion (Platt, 1969, pp. 4-18).

The doctrine of social defense, which gained traction in Brazil through the mid-20th

century, provided further justification for this framework. Unlike classic penal theory, which emphasized individual responsibility and retribution, social defense theory posited that society had a right to protect itself against dangerous individuals, irrespective of their legal culpability. This approach enabled the legal system to treat impoverished or abandoned children as inherently suspicious and in need of containment, even in the absence of criminal conduct (Alvarez, 1989, p. 101).

Such ideologies also influenced legal categories that blurred the lines between social vulnerability and delinquency. The notion of “abandonment”, as defined in the 1927 Code, encompassed a wide array of behaviors and conditions, including associating with “corrupt individuals” or frequenting places of “dubious morality” (Brasil, 1927). This expansive and moralizing definition allowed for the institutionalization of minors without due process, targeting the children of the poor in a manner that was explicitly selective and discriminatory (Budó; Bolzan; Neubauer, 2017, pp. 191-208).

These assumptions were further reinforced by eugenic theories that framed poor and racialized children as biologically inferior and therefore less capable of moral and intellectual refinement. Moncorvo Filho and his contemporaries believed that scientific intervention could rehabilitate these bodies and integrate them into the national project (Wadsworth, 1999, p. 114). Yet this integration was predicated on the erasure of their cultural identities and subjection to regimes of work and discipline designed to maximize economic utility.

The marginalization of youth thus stemmed not from a lack of attention, but from the particular type of attention they received – one steeped in scientific racism, moral panic, and a statist impulse to manage populations. Such disciplinary regimes sought to reduce the body to a politically passive but economically useful force (Foucault, 2013, p. 182). In this sense, the positivist and social defense discourses did not merely explain juvenile deviance; they constructed it, offering a vocabulary through which the state could intervene in the lives of children without recourse to rights or protections.

Moreover, this intellectual apparatus allowed for the expansion of a subterranean penal system (de Castro; Rigolin, 2022), wherein non-penal institutions such as juvenile courts and reformatory schools operated with punitive authority outside traditional criminal law. This system facilitated the arbitrary detention of youth deemed problematic and normalized their subjection to corrective regimes devoid of procedural safeguards.

In sum, the pre-1964 period in Brazil was marked by the consolidation of a minorist legal tradition rooted in positivist criminology and social defense theory. These paradigms provided the scientific and moral rationale for a differentiated legal treatment of underprivileged youth,

legitimizing their exclusion from the domain of rights and their subjection to tutelary control. Far from being marginal to the state, these children were central to a project of nation-building that imagined social order as contingent upon the containment and transformation of the “dangerous classes”.

2. TRANSITION TO THE 1979 CODE UNDER THE MILITARY REGIME

2.1 Key Features of the 1979 Code

The promulgation of the 1979 Code of Minors (Law No. 6.697/1979) represented a critical turning point in the legal treatment of underprivileged youth in Brazil under the military regime. More than a simple legislative update, the new code responded to a larger reconfiguration of juvenile justice within an authoritarian context shaped by the National Security Doctrine. The Code institutionalized the legal category of the “minor in an irregular situation”, a concept that subsumed various conditions of social vulnerability, deviance, and abandonment into a single juridical framework (Brasil, 1979; de Castro, 2024, p. 15). This classification drew on earlier definitions circulating within the Inter-American Children’s Institute but was adapted to fit the repressive and disciplinary logics of Brazil’s military government.

The legal framework of the 1979 Code redefined the scope and reach of state tutelage by codifying a wide array of justifications for intervention, including abandonment, mistreatment, lack of proper guardianship, behavioral deviation, and acts analogous to criminal offenses. By expanding the interpretative field of what constituted an “irregular situation”, the law effectively granted judges and institutions like FEBEM vast discretionary power to detain and institutionalize youth without strict legal or evidentiary thresholds (de Castro, 2024, p. 16).

One of the most revealing features of the Code was its attempt to appear ideologically neutral by using technocratic and scientific language. Rather than invoking overtly moralistic or religious justifications as in the past, the 1979 legislation employed terms borrowed from psychiatry, pedagogy, and psychology to justify measures of social control. Behavioral deviation, for instance, was framed not as sin or delinquency, but as a condition subject to correction through state-administered therapy or containment. This discursive shift served to obscure the punitive nature of interventions, covering them with the rhetoric of care and development (de Castro, 2024, pp. 14-21).

Furthermore, the Code operated through institutions that were deeply embedded in the political project of the regime. FUNABEM and the network of FEBEMs functioned not only as service providers, but as tools of surveillance and control that helped maintain order within the parameters defined by national security ideology (de Castro, 2024, p. 18). These entities

institutionalized a centralized structure of juvenile management, reinforcing the militarization of social policies and expanding the regime's reach into the private lives of families deemed dysfunctional or dangerous.

Importantly, internal debates preceding the Code's enactment reveal a deliberate distancing from the emerging international discourse on children's rights. Documents produced by the Brazilian Association of Judges of Minors show that judges rejected the notion of children as rights-bearing subjects, preferring instead the notion of the child as an object of protection and correction (de Castro, 2024, pp. 16-7). In this way, the Code not only ignored the global movement toward the recognition of children's rights but also entrenched an exclusionary model that subordinated legal protections to the imperatives of public security.

2.2 The 1927 and 1979 Codes of Minors: A Comparative Lens

While both the 1927 and 1979 Codes of Minors were founded on the principle of tutelary intervention, they reflected distinct historical moments and ideological frameworks. The 1927 Code emerged during the First Republic, shaped by discourses of positivist criminology, Catholic philanthropy, and a burgeoning eugenics movement that emphasized social hygiene (Rizzini, 2011, p. 83-116; de Castro, 2024, pp. 6-14). In this legal culture, the "abandoned" and "delinquent" minor were classified separately, although both categories often overlapped in practice. The goal was to morally reform these youths, typically through reformatory schools or industrial apprenticeships, under the paternalistic supervision of the state.

The legal language of the 1927 Code often emphasized protection and assistance. Judges of minors were depicted as guardians who acted in *loco parentis*, tasked with rescuing neglected children from immoral environments. The child was conceptualized as morally vulnerable but redeemable through structured discipline and proper environment. This vision was deeply entangled with hygienist and eugenic principles, as the reform of poor children was framed as a national imperative tied to civilizational progress (Câmara, 2013, p. 60-7).

By contrast, the 1979 Code operated within an entirely different political framework. It did not aim to reform the child in a moral sense but sought to contain perceived threats to the social order. Whereas the 1927 Code was driven by a blend of humanitarianism and scientific paternalism, the 1979 Code was a juridical instrument of the authoritarian state, which integrated psychiatric discourse with national security ideology to criminalize deviance (de Castro, 2024, pp. 14-21). One of the starkest contrasts lies in the treatment of procedural guarantees. Under the 1927 Code, the procedural informality of juvenile justice was somewhat mitigated by the paternalistic model of judicial intervention. But by 1979, this informality had been absorbed into a bureaucratic system

that normalized the absence of due process as part of its operative logic. The minor in an irregular situation could be institutionalized without clear evidence of wrongdoing, without a fixed term, and without access to legal counsel. This amounted to the creation of a “parallel legal system” that suspended basic guarantees for a specific class of subjects (de Castro, 2024, p. 20).

Institutionally, the shift from SAM to FUNABEM and FEBEM illustrates the centralization and politicization of juvenile justice. SAM, for all its administrative failings, operated within a more fragmented and regionally varied framework. In contrast, FUNABEM, created shortly after the 1964 coup, was explicitly tasked with formulating national policy on the so-called “minors problem”, aligning juvenile legislation with the repressive goals of the dictatorship (de Castro, 2024, pp. 14-6). FEBEMs were modeled as closed institutions capable of both educational and disciplinary functions but often became spaces of violence and abuse.

2.3 Emphasis on Tutelary and Correctional Approaches Rather than Rights

The continuity between the 1927 and 1979 Codes lies in their shared refusal to recognize poor and racialized children as full legal subjects. However, the 1979 Code marked an escalation in the juridical rationalization of this exclusion. It offered a more elaborate and clinical language to justify state intervention, embedding this logic in institutional practices that aligned with the broader authoritarian project.

The shift from a discourse of moral redemption to one of behavioral correction reflected deeper transformations in the Brazilian state. Modern power operates not only through the prohibition of acts but also through the classification and docilization of subjects (Foucault, 2013, pp. 131-163). The 1979 Code enacted precisely this kind of classificatory logic. Minors were no longer merely morally misguided; they were now categorized as deviant, dysfunctional, or at-risk – a diagnosis that justified preemptive action by the state.

This framing made the child’s legal status contingent on expert evaluation, not on constitutional rights. The decisions of judges were informed by medical and psychological reports, social worker assessments, and institutional protocols, all of which operated without transparency or contestability. The absence of legal defense, the indeterminate length of institutionalization, and the lack of review mechanisms all point to a system designed to manage populations, not protect individuals. Thus, although the 1979 Code claimed to protect minors, its actual function was to reproduce a system of legal segregation. It institutionalized a split in legal subjectivity: on one side, the citizen governed by criminal and civil law; on the other, the “minor in irregular situation”, governed by an exceptional set of rules, lacking procedural safeguards and subject to indefinite tutelage (de Castro, 2024, pp. 16–7).

In this sense, the transition from the 1927 to the 1979 Code was not a legal reform in the progressive sense but a political reconfiguration of juvenile justice to suit the needs of an authoritarian regime. It was part of a broader movement in which the law ceased to be a shield for the weak and became a weapon for the powerful. As such, the 1979 Code should be remembered not as a measure of social protection, but as a codification of systemic exclusion.

3. THE CONCEPT OF “MINOR IN IRREGULAR SITUATION”: CRIMINOLOGICAL ASSUMPTIONS OF DANGEROUSNESS, ABNORMALITY, DEVIANCY

As we have seen, the 1979 Code of Minors (Lei nº 6.697/1979) introduced a new legal category into the Brazilian juvenile justice system: the “minor in an irregular situation.” This formulation replaced prior distinctions between “abandoned” and “delinquent” youth and functioned as a juridical catch-all that enabled the state to intervene in the lives of children deemed socially undesirable, regardless of actual criminal conduct (Brazil, 1979). Article 2 of the Code established that minors would be considered in an irregular situation when they were abandoned, victims of neglect or abuse, lacked material means of subsistence, or demonstrated behaviors deviating from expected social norms. Notably, this included children “in serious conflict with their family” (Brazil, 1979).

By collapsing vastly different conditions – criminal acts, poverty, family conflict – under one classificatory label, the 1979 Code authorized an expansive model of tutelary intervention (de Castro, 2024, p. 15). The broad definition of irregularity allowed judges to enforce custodial measures on a discretionary basis, often without any procedural safeguards such as legal representation, right to appeal, or defined duration of institutionalization (de Castro, 2024, p. 16; Daminelli, 2023, p. 56-7). The legal category thus enabled a system in which social vulnerability itself became grounds for deprivation of liberty. The category operated through a logic of abstraction: it was not aimed at protecting the concrete individual but at managing a generic and dangerous other (Daminelli, 2023, p. 47).

Moreover, the legislative and institutional definitions of irregularity often functioned in tandem with popular imaginaries of dangerous childhood. Youth in situations of street life, informal work, or family breakdown were construed as inherently unstable and prone to criminal behavior. These perceptions were not neutral but rather deeply embedded in classist and racialized narratives that saw black and poor children as deficient and deviant. The concept of irregularity thereby operated as a legitimizing framework for interventions that were effectively carceral in nature (Rizzini; Rizzini, 2004, pp. 36-9).

Furthermore, the irregular situation framework contributed to the production of a dual legal

system. On one hand, middle- and upper-class children, regardless of personal difficulties, were treated as subjects of civil law and recipients of familial support. On the other hand, underprivileged children were governed under a logic of exception, wherein social need was construed as evidence of moral failure or latent criminality. The very existence of this category testified to the persistence of a subterranean penal system that targeted the most vulnerable populations under the guise of assistance (Castro; Rigolin, 2022).

The legal construction of the “minor in an irregular situation” was heavily informed by criminological assumptions inherited from positivist and hygienist traditions. These included the belief that social deviancy could be objectively diagnosed and corrected through technical expertise, and that early intervention in the lives of children from poor or “disorganized” families could prevent future criminality (de Castro, 2024, p. 15). Concepts such as dangerousness, moral inferiority, and behavioral abnormality – once central to 19th-century criminology – were subtly rearticulated in the 1979 Code through the language of psychosocial diagnostics.

The diagnostic logic under this model was codified and legitimized through state institutions such as FUNABEM, which commissioned reports and studies purporting to scientifically classify problematic youth. These classifications mirrored older frameworks of criminological positivism, including ideas of atavism, hereditary criminality, and moral degeneration. Even as explicit references to eugenics waned, their discursive residues remained potent within the bureaucratic language of social risk. As such, the irregular minor became a figure of public anxiety: a child rendered simultaneously invisible in terms of rights and hypervisible as a threat to order (de Castro, 2024, pp. 18-9).

The production of knowledge on juvenile irregularity operated through a double exclusion: first, by situating these children outside the field of legal protection, and second, by making them objects of intervention rather than subjects of rights (Daminelli, 2023, p. 57). The discursive power of this framework lay in its ability to fuse medical, legal, and moral vocabularies into a coherent ideology of preemption. The result was a penal pedagogy in which punishment and care became indistinguishable mechanisms for producing docile bodies.

4. CRIMINOLOGY AS STATE TECHNOLOGY

4.1 Use of Expert Knowledge to Justify Social Control

During the Brazilian military dictatorship (1964–1985), criminological expertise was mobilized as a key instrument in legitimizing the control and exclusion of marginalized youth. The regime’s approach to juvenile justice did not merely reflect arbitrary authoritarianism but rather a calculated use of academic and institutional knowledge to produce legal categories that rationalized

intervention. FUNABEM systematically gathered data, published studies, and issued policy recommendations based on medical, psychological, and sociological assessments of minors. Expert knowledge thus played a dual role: it depoliticized structural inequality by reducing it to individual pathology, and it legitimized the custodial measures permitted under the 1979 Code of Minors. The figure of the “minor in an irregular situation” was produced through a convergence of criminological analysis and legal conceptualization (de Castro, 2024, p. 15; Carneiro, 1969, p. 77). In this context, technical discourse became a form of governance, and expertise was indistinguishable from surveillance. Professionals from psychiatry, psychology, and law acted as gatekeepers of normality, identifying and neutralizing behaviors deemed incompatible with national ideals of productivity and morality.

This mode of expert-led governance had significant institutional consequences. FEBEMs became sites not only of detention but also of the production of knowledge about youth deviance, generating bureaucratic archives used to rationalize long-term confinement. Social workers, psychologists, and judges played intersecting roles in these processes, often relying on ambiguous behavioral indicators to justify custodial measures. As such, the juvenile justice system served as a testing ground for broader technologies of control developed under the regime. These prognostic tools drew heavily from criminological and psychological doctrines imported from European and North American traditions, adapted to the Brazilian context with an emphasis on racialized and class-based distinctions (de Castro; Rigolin, 2022, p. 335-9).

In effect, scientific expertise was not merely a support for the regime – it became one of its driving engines. The production of deviance was itself a productive act: it generated populations to be managed, professionals to be employed, institutions to be funded, and policies to be justified. This dynamic underscores the Foucauldian proposition that power and knowledge are mutually constitutive (Foucault, 1980). In the Brazilian case, the intersection of authoritarian rule with professionalized social sciences gave rise to an enduring matrix of juvenile control.

4.2 Intersection with National Security Ideology

The criminalization of underprivileged youth during the military regime was deeply entwined with the National Security Doctrine. This doctrine – rooted in Cold War counterinsurgency logic – postulated that internal enemies threatened the moral and political fabric of the nation. As such, any form of perceived disorder, including juvenile deviancy, was treated as a threat to national stability (de Castro, 2024, p. 18).

The 1979 Code of Minors operationalized this ideology by providing legal tools to detain children under vague and expansive criteria such as “habitually finding oneself in an environment

contrary to good customs” or “exhibiting behavioral deviation, due to serious family or community maladjustment” (Brasil, 1979). The category of the “minor in an irregular situation” enabled the regime to classify entire sectors of the population as suspect without the burden of proving guilt (Castro; Rigolin, 2022, pp. 326–330). This allowed the juvenile justice system to function as a key mechanism of preventive repression, targeting potential rather than actual threats. Within this paradigm, the logic of national security redefined the objectives of child protection. Institutions that were ostensibly designed to assist and protect youth became fronts in the regime’s broader war on dissent and social deviance. Behaviors such as truancy, vagrancy, or even familial conflict were recast as signs of latent criminality or subversion (de Castro, 2024, p. 11). The apparatus of juvenile justice thus participated in the militarization of everyday life, policing not only acts but also potentialities.

This entanglement of scientific legitimacy with national security imperatives mirrors broader global trends in authoritarian states. As Wacquant (1999) and De Giorgi (2017) suggest, neoliberalism and authoritarianism often fuse through penal policies that criminalize the poor under the guise of maintaining order. In the Brazilian case, this fusion was prefigured by the dictatorship’s instrumental use of child protection laws to identify, monitor, and neutralize future threats to the regime’s moral and political order.

4.3 Juvenile Justice as Part of a Broader Repressive Apparatus

Under the military regime, the juvenile justice system did not exist in isolation but functioned as part of a broader repressive apparatus aimed at disciplining the poor and racialized sectors of Brazilian society. FEBEMs, ostensibly designed as welfare institutions, operated in practice as carceral spaces characterized by systemic violence, arbitrary confinement, and the suspension of legal rights (de Castro; Rigolin, 2022, pp. 328-35). The 1979 Code of Minors codified this structure by authorizing the state to confine children indefinitely under the pretext of protection. This legal regime instituted a “double legality”: one for middle- and upper-class children, governed by civil law and family protections, and another for the underprivileged, governed by tutelary and correctional mechanisms that mimicked penal law without its procedural safeguards (de Castro, 2024, pp. 16-7). These measures disproportionately affected Afro-Brazilian and poor children, perpetuating cycles of exclusion under the guise of state assistance.

Institutional practices further entrenched this dual regime. Custodial decisions were often based on arbitrary assessments rather than judicial findings, and institutions like the FEBEMs routinely ignored due process. Physical abuse, lack of medical care, and overcrowded facilities were widespread, conditions that have been extensively documented and denounced by activists (de

Castro; Rigolin, 2022, p. 333-5). This apparatus not only controlled children in confinement but extended to surveillance in their communities. This preventive orientation created an atmosphere of continuous suspicion around poor youth, denying them the presumption of innocence and reinforcing their status as potential delinquents.

Despite the transition to democracy and the promulgation of the Statute of the Child and Adolescent (ECA) in 1990, the legacy of the military regime's penal logic persists. The continued use of pretrial detention, the erosion of socio-educational guarantees, and the media-driven criminalization of adolescents illustrate how the penal state has adapted rather than disappeared. Today, punitive ideologies are covered in neoliberal language, emphasizing personal responsibility and risk management while masking structural inequalities (de Castro; Rigolin, 2023).

This continuity demonstrates the importance of understanding the juvenile justice system not as a distinct legal field but as part of a broader strategy of population control. The fusion of law, science, and ideology during the dictatorship created a durable framework for the marginalization of underprivileged youth. By treating children as objects of expert intervention and moral suspicion, the state naturalized their exclusion and perpetuated authoritarian governance under a democratic façade.

CONCLUSÃO

The historical trajectory of Brazil's minorist legislation reveals a deeply rooted nexus between legal discourse, scientific rationality, and authoritarian governance. Throughout this study, it has been demonstrated that the treatment of underprivileged children and adolescents – particularly under the military regime from 1964 to 1985 – was not the product of isolated legal initiatives or misguided humanitarian efforts, but rather the culmination of a long-standing project of social regulation. This project relied on a highly selective deployment of criminological knowledge and institutional apparatuses that effectively construed the “minor” as a deviant figure to be governed, corrected, and, ultimately, contained.

At the heart of this legal-political configuration lies the notion of tutelary protection – a concept that, while ostensibly concerned with care and assistance, functioned in practice as a mechanism for the denial of rights and the legitimization of social exclusion. From the early formulations of the 1927 Code of Minors to the more sophisticated legal and institutional architecture of the 1979 Code, the minorist paradigm consistently refused to recognize poor and racialized youth as full legal subjects. Instead, these children were treated as incomplete, deficient, or dangerous, and thus in need of constant surveillance and intervention.

The military dictatorship did not invent this paradigm, but it did reengineer it to suit the

imperatives of authoritarian rule. Under the doctrine of national security, social policies – including those aimed at children – were redefined in light of their perceived contribution to order, discipline, and productivity. The 1979 Code must be understood within this context: not as a progressive development in child protection, but as a juridical instrument designed to expand the state’s capacity to manage populations under the guise of psychosocial rehabilitation. Its key innovation – the legal category of the “minor in an irregular situation” -granted enormous discretionary power to judges, institutions, and experts to determine who deserved freedom and who did not, often in the absence of any criminal act or individual wrongdoing.

The consequences of this legal structure were profound. By fusing legal indeterminacy with the authority of medical and psychological expertise, the Code produced a framework in which virtually any sign of poverty, familial dysfunction, or behavioral nonconformity could be construed as a justification for institutionalization. This resulted in the mass confinement of children in FEBEMs – facilities that, in theory, existed to provide education and care, but which in practice operated as carceral institutions characterized by abuse, neglect, and a complete disregard for due process. The informal and discretionary nature of this system ensured that those confined were stripped not only of liberty but of legal personhood.

One of the most significant findings of this research is that the legal and institutional treatment of underprivileged youth cannot be understood apart from the production of knowledge that sustained it. Criminology, psychiatry, pedagogy, and social work were not merely auxiliary to the functioning of juvenile justice – they were its epistemological foundation. These fields supplied the language through which deviance was diagnosed, risk was assessed, and intervention was justified. This alignment between expert discourse and state power created what can be described as a techno-legal apparatus of control, one that operated under the veneer of science while serving fundamentally political ends.

What emerges from this analysis is a portrait of the juvenile justice system as a site of continuous classification and segregation. Children were not treated as individuals with unique needs or capacities, but as typologies – “minors in irregular situations” – defined by their divergence from a socially and racially encoded norm. This norm, implicitly modeled on the white, middle-class nuclear family, became the standard against which all children were judged. Those who failed to meet it were subjected to corrective measures designed not to integrate them into society on equal terms, but to mold them into docile and productive subjects in the 1927 Code or to segregate them in the 1979 Code – if not through inclusion, then through confinement.

This process was deeply racialized and class-based. The vast majority of children institutionalized under the minorist system came from poor backgrounds. Their presence in the

system was not incidental but structural, reflecting broader patterns of social inequality and state violence. The law, far from acting as a neutral arbiter, functioned as an active participant in the reproduction of these hierarchies. By codifying social vulnerability as legal irregularity, the state effectively transformed poverty into a condition of criminal suspicion.

Despite the official end of the dictatorship and the promulgation of the 1990 Statute of the Child and Adolescent, the legacy of the minorist paradigm remains present in contemporary Brazil. Institutional reforms have undoubtedly expanded the legal recognition of children's rights, but these advances coexist with enduring practices of criminalization, racial profiling, and punitive intervention. The image of the "dangerous minor" continues to circulate in public discourse, shaping policy decisions and legitimizing repressive responses to social inequality. The persistence of these imaginaries highlights the importance of critically examining the genealogies of juvenile justice and the forms of knowledge that sustain it.

The Brazilian case illustrates how legal reforms, far from serving as protection against tyranny, can be instrumentalized to facilitate repression. The 1979 Code did not abolish rights – it redefined them in ways that excluded the most vulnerable. It exemplified a form of legality covered in neutrality and expertise while enacting profound injustices. Such a model of legal rationality poses significant challenges for democratic transitions, as the institutions and categories it produces often outlive the regimes that created them.

Finally, the history examined exemplifies how unequal societies imagine and govern childhood. In Brazil, the figure of the poor child has long oscillated between the poles of victimhood and threat, deserving of pity or punishment depending on the ideological needs of the moment. This ambivalence reflects not only cultural attitudes but institutional designs that fail to see children as full social and legal subjects. To break with this legacy requires more than legislative change. It demands a critical reassessment of the knowledges, categories, and practices that continue to inform juvenile justice. It requires an unwavering commitment to the principle that all children – regardless of class, race, or origin – are entitled to dignity, autonomy, and protection under the law. And above all, it requires confronting the uncomfortable truth that what is often presented as care may, in fact, be control, and that the path to justice must begin with the recognition of those histories that the law itself has sought to erase.

REFERENCES

ALVAREZ, Marcos César. **A Emergência do Código de Menores de 1927**: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. 1989. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Dispõe sobre a assistência e proteção a menores. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm. Acesso em: 3 jul. 2025.

CÂMARA, Sônia. Inspeção Sanitária escolar e educação da infância na obra do médico Arthur Moncorvo Filho. **Revista Brasileira de História da Educação**, v. 13, n.3, p. 57-85, set./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/rbhe/article/view/47228>. Acesso em: 05 jul. 2025.

CARNEIRO, Glauco. A revolta dos associais. **Brasil Jovem**, III/12 (1969), pp. 77–80.

CUNNINGHAM, Hugh. **Children and Childhood in Western Society since 1500**. 3 ed. New York: Routledge, 2021.

DAMINELLI, Camila Serafim. História de um sujeito genérico abstrato: o menor e a minoridade no Brasil no contexto do Código de Menores de 1979. In: AREND, Silvia Maria Fávero; MIRANDA, Humberto da Silva (org.). **Os tempos da justiça**: história, infâncias e direitos humanos na América Latina. Criciúma, SC: Ediunesc, 2023, p. 46-62.

DE CASTRO, Alexander. Codes of Law for Underprivileged Youths: An Overview of Brazilian Juvenile Law in the 20th Century (1927–1979). **EVIR Working Papers**, n. 16, 2024. Disponível em: https://repositorium.uni-muenster.de/document/miami/d492435b-fa74-47ab-96ed-647f74378550/evir-working-paper_2024_16_de-castro.pdf. Acesso em: 3 jul. 2025.

DE CASTRO, Alexander; FURLAN RIGOLIN, Isabela. A Criança Marginalizada das Primeiras Décadas do Século XX no Discurso dos Salvadores da Criança: Contribuição à História do Direito do Menor no Brasil. **Revista Quaestio Iuris**, v. 17, n. 1, pp. 421–443, 2024. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/76602>. Acesso em: 05 jul. 2025.

DE CASTRO, Alexander; RIGOLIN, Isabela Furlan. O sistema penal subterrâneo no trato aos “menores” durante o regime militar: breve história da violação sistemática de direitos da infância e adolescência. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 17, n. 2, pp. 319-349, 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/17852>. Acesso em: 5 jul. 2025.

FERREIRA, Maria Manuela Martinho. **Salvar os corpos, forjar a razão**: contributo para uma análise crítica da criança e da infância como construção social. 1995. Dissertação (Mestrado em Ciência da Educação) – Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação, Universidade do Porto. Porto, 1995. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10216/19492>. Acesso em: 05 jul. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Power/Knowledge**: Selected Interviews & Other Writings 1972-1977. Pantheon Books: New York, 1980.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 41. ed. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2013.

PLATT, Anthony M. **The Child Savers: The Invention of Delinquency**. Chicago: The University of Chicago, 1969.

RIZZINI, Irene. **O Século Perdido: raízes históricas das Políticas Públicas para a infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro : Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

MONCORVO FILHO, Carlos Arthur. Saude e Assistencia. **Archivos de Assistência á Infância**, Rio de Janeiro, anno XI, n. 1-12, p.3-8, 1919-1921, p.7. Disponível em: <http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=332798&Pesq=Archivos%20de%20Assist%c3%aancia%20%c3%a1%20Inf%c3%a2ncia&pagfis=1666>. Acesso em: 12 mai. 2023.

WADSWORTH, James. Moncorvo Filho e o problema da infância: modelos institucionais e ideológicos da assistência à infância no Brasil. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v.19, n.37, p. 103-124, set. 1999. Disponível em:

<https://doi.org/10.1590/S0102-01881999000100006>. Acesso em: 30 jul. 2022.

INJUSTIÇA EPISTÊMICA E A (IN)APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO 287/2019 DO CNJ NO PROCESSO PENAL CONTRA INDÍGENAS

Emilya Maria de Oliveira BRIGANÓ¹

RESUMO

A pesquisa investiga criticamente como o sistema de processo penal brasileiro realiza o tratamento de pessoas indígenas acusadas, réus ou condenadas, evidenciando a ocorrência de injustiças epistêmicas por meio da teoria de Miranda Fricker. Essas injustiças manifestam-se em diversas situações concretas, como a negação ou relativização do uso de intérpretes, a não realização de perícias antropológicas, a descredibilização dos testemunhos indígenas, além da persistência da colonialidade do saber, conceito desenvolvido por Aníbal Quijano. Com base na Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça e na análise de decisões do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), demonstra-se como o conhecimento, a linguagem e as experiências dos povos originários são sistematicamente desconsideradas, resultando em exclusões jurídicas e epistêmicas no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Indígenas; Injustiças epistêmicas; Colonialidade; Processo Penal.

ABSTRACT

This research critically investigates how the Brazilian criminal procedure system treats Indigenous people who are accused, defendants, or convicted, highlighting the occurrence of epistemic injustices through Miranda Fricker's theory. These injustices manifest themselves in a variety of concrete situations, such as the denial or relativization of the use of interpreters, the failure to conduct anthropological examinations, the discrediting of Indigenous testimonies, and the persistence of the coloniality of knowledge, a concept developed by Aníbal Quijano. Based on Resolution 287/2019 of the National Council of Justice and an analysis of decisions by the Court of Justice of Paraná (TJPR) and the Superior Court of Justice (STJ), the study demonstrates how the knowledge, language, and experiences of Indigenous peoples are systematically disregarded, resulting in legal and epistemic exclusions in the criminal process.

KEYWORDS: Indigenous people; Epistemic injustices; Coloniality; Criminal Procedure.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre o Estado brasileiro e os povos indígenas é marcada por um grave histórico de dominação, invisibilização e subordinação. Desde a colonização até a contemporaneidade, verifica-se que o poder estatal tem operado sob uma lógica assimilacionista, que visa uma integração forçada das populações originárias a um modelo hegemônico de sociedade, em

¹ Advogada e mestranda do programa de pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do norte do Paraná. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - UNIFIO. Estagiou na Justiça Federal de Ourinhos-SP e no escritório de advocacia Santana. Possui experiência com a área de Direito Previdenciário e Direito Civil. Participou de Congressos Nacionais e Internacionais como o I Congresso Digital COVID-19 da OAB Nacional, I Congresso Iberoamericano de docência em ciências penais y criminológicas e I Seminário Internacional IUSTECH. Participou do XXI e XXIII Congresso de Iniciação Científica da UNIFIO, I Simpósio Regional de Pesquisa Científica no Curso de Direito UNIFIO e do SIACRID UENP 2024. Além disso, participou de diversos cursos de extensão como o curso de Biodireito, oratória e inteligência emocional. Recente aspirante a escritora e a pesquisadora.

detrimento de seus saberes, cultura, línguas e modos de vida.

No campo jurídico, esse processo se revela de forma contundente no processo penal, por uma desigualdade que em certa medida pode ser vista de forma velada, pois ao lidar com pessoas indígenas acusadas, réis ou condenadas, reiteradamente ignora suas especificidades culturais, linguísticas e comunitárias e acaba impondo-lhes uma visão de mundo que desconsidera os seus saberes.

Ademais, apesar dos avanços normativos, como a Constituição Federal de 1988, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, mais recentemente, a Resolução nº 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), além de outros documentos internacionais ratificados pelo Brasil, observa-se uma profunda distância entre o reconhecimento formal dos direitos indígenas e a sua efetiva implementação nos processos criminais.

Sendo assim, a presente pesquisa busca responder a seguinte questão-problema: Como o processo penal brasileiro, mesmo após o reconhecimento normativo dos direitos indígenas continua a reproduzir práticas de exclusão e silenciamento epistêmico?

Constata-se a falta de rompimento com a tradição colonial, pois as práticas judiciais reiteram estereótipos e operam por meio de interpretações arbitrárias sobre “o grau de integração” e desconsideram as garantias fundamentais, como a autodeclaração, a efetiva consulta à comunidade em que o sujeito está inserido, o uso de intérprete e a realização de perícia antropológica.

Nesse cenário, é pertinente a aplicação da teoria da injustiça epistêmica, proposta por Miranda Fricker, a qual revela como certos grupos sociais são sistematicamente descredibilizados como sujeitos de conhecimento. Assim, a teoria oferece abordagens críticas que contribuem para se compreender como o sistema de justiça criminal, ao deslegitimar a palavra dos indígenas e ao negar a relevância dos seus contextos socioculturais, reforça uma estrutura de exclusão epistêmica.

Além disso, parte-se da hipótese de que, por meio da reprodução de injustiças epistêmicas e da consolidação de práticas judiciais que negam ou relativizam a aplicação das garantias previstas, como a presença de intérpretes e a realização de laudos antropológicos, o sistema penal brasileiro contribui para a marginalização dos povos indígenas, mesmo diante das diretrizes da Resolução nº 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Tal constatação indica que o reconhecimento normativo, isoladamente, é insuficiente para romper com a colonialidade das práticas judiciais e assegurar uma justiça verdadeiramente intercultural e plural.

Portanto, o trabalho propõe uma investigação crítica do processo penal brasileiro à luz da teoria da injustiça epistêmica, com foco nas decisões judiciais que envolvem pessoas indígenas e da ausência de aplicação das diretrizes estabelecidas pela Resolução nº 287/2019 do CNJ. Ainda, busca demonstrar como a permanência da colonialidade, como a colonialidade do saber, proposta

por Aníbal Quijano, no sistema de justiça criminal compromete os direitos fundamentais dos povos indígenas e revela a insuficiência do reconhecimento normativo frente a uma estrutura jurídica que se opera sob lógicas coloniais e monoculturais.

Para tanto, a metodologia adotada é de natureza qualitativa, utilizando o método dedutivo, além de uma pesquisa jurisprudencial, e de abordagem crítica perante as decisões judiciais, fundamentando-se ainda por meio de uma revisão bibliográfica e de documentos legais, sob uma perspectiva da epistemologia crítica e de reflexão sobre a racionalidade penal.

2 CENÁRIO BRASILEIRO INDÍGENA: CULPABILIDADE E POLÍTICA CRIMINAL INDIGENISTA

Historicamente, no Brasil, os povos indígenas sofrem sendo alvos de diversas mazelas e perversidades, que remontam ao período da colonização, marcadas pela subordinação e aniquilação de suas terras e corpos frente aos colonizadores europeus. De modo que a lógica da dominação persiste na contemporaneidade, se manifestando em diversas dimensões sociais, inclusive no âmbito jurídico, por meio do poder punitivo do Estado e do tratamento penal direcionado a indígenas acusados, réus ou condenados.

Ademais, ressalta-se que a atual Constituição da República Federativa do Brasil foi silente perante ao tratamento jurídico-penal conduzido aos indígenas, mas expressou, em seu artigo 231, caput, o reconhecimento dos direitos indígenas a sua organização social, costumes, crença, tradições, entre outros direitos, além do dever estatal de proteção e respeito a todos os seus bens.

De acordo com Oliveira (2019, p. 85) a promulgação da constituição se deu em razão do ingresso de um movimento político-jurídico que visava as reivindicações de direitos fundamentais, principalmente pela influência de documentos internacionais, como a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI) e, mais recentemente, da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DADPI).

Dessa forma, esses instrumentos jurídicos colaboraram com o reconhecimento da diversidade cultural e do respeito em relação as identidades étnicas desses grupos. Todavia, o Estatuto do Índio, em seu artigo 56, anterior a Constituição Federal de 1988, estabelece a atenuação da pena em caso de infração penal, atendendo ao grau de silvícola, termo que remete a visão evolucionista, vinculada a atraso e primitivismo. Dessa forma, é um artigo vinculado a uma ideologia assimilacionista ou integracionista. De acordo com Wiecko (2019, p. 138) tal artigo reflete a convicção de que tais povos são fadados ao desaparecimento e assimilação pela “sociedade civilizada”.

Além disso, considera-se que tal artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal, sobretudo através do mencionado artigo 231, que demonstra um paradigma oposto, produzido a partir do interesse de tais povos em não se integrarem a sociedade nacional, com os direitos de manterem suas próprias culturas, crenças e organizações.

Além disso, o Estatuto determina que as penas de reclusão e de detenção sejam cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios, mais próximo da habitação do condenado. Entretanto, a lei é igualmente silente quanto ao procedimento de execução da pena e também permite brechas para outras formas de entendimento, por meio do termo “se possível”, contribuindo com a ausência de consenso.

Outrossim, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) realizou uma pesquisa com o objetivo de mapear os grupos étnicos que possuem membros em situação de prisão. Assim, foram identificados cerca de 78 povos indígenas diferentes custodiados nos estados brasileiros, ainda, destaca que a unidade federativa com o maior número de indígenas privados de liberdade é o Mato Grosso do Sul, com 349 pessoas que se autodeclararam pertencentes a algum povo.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de dezembro de 2019, verificou-se que há no sistema prisional brasileiro 1.390 indígenas presos, sendo 1.325 homens e 65 mulheres. Ainda, destacou que o levantamento das etnias indígenas reforça a Nota Técnica sobre tratamento de indígenas encarcerados disponibilizada, como forma de garantir e promover a individualização da pena, ou seja, realizar um diagnóstico que colabore com o tratamento desses grupos, de acordo com suas crenças e tradições.

Todas as unidades federativas responderam à pesquisa, sendo que 672 indígenas presos se autodeclararam pertencentes a alguma etnia indígena. Das etnias declaradas, as que possuem mais membros privados de liberdade são a Kaiowá, com 184 presos indígenas, a Guarani, com 93 presos, e a Macuxi com 72 são membros.

De acordo com Almeida e Sallet (2023, p.14) tais dados do INFOPEN revelam uma problemática, relacionada a uma insuficiência de informação, pela invisibilidade étnica e legal dos indígenas no âmbito jurídico, representando uma política de não reconhecimento. De modo que inexistente uma adequada coleta de informações penitenciárias, ou uma padronização de procedimento, uma vez que incorporados a categoria hegemônica de presos, não passam a ser considerados indígenas, de forma que a execução penal não se demonstra etnicamente individualizada e específica de acordo com as suas garantias.

Assim, os mais recentes dados trazem informações genéricas, proporcionando questionamentos, como destaca Ella Wiecko:

A que etnias pertencem os/as indígenas? Que crimes lhes são imputados? Ocorrem na terra

indígena ou fora dela? Qual o perfil dos/as autores/as e das vítimas? Como os casos chegam ao conhecimento das autoridades policiais? Há relação com os conflitos fundiários? Qual a taxa de absolvição e de condenação? Quais as penas aplicadas? Quais as condições do encarceramento? Wiecko (2019, p. 135).

Dessa forma, os números revelam pouca imprecisão e colaboram com a invisibilização de diversos grupos e suas características em meio aos processos penais.

Ainda, conforme retrata Filho (2023, p. 34) são dois fatores que colaboram com a invisibilidade, como a falta de oportunidade de realização da autodeclaração, direito assegurado pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho e pela insegurança, por parte dos indígenas em sofrerem qualquer tipo de repressão, em razão do histórico de violações acometidos.

Além disso, Filho (2023, p. 34), aborda sobre a importância da autodeclaração, a fim de evitar que o Ente Público se valha de critério arbitrários, para definir uma pessoa como indígena.

Nesse sentido, a Convenção nº 169 da OIT, ratificada pelo Brasil, colaborou com diversas diretrizes e obrigações direcionadas ao estado brasileiro, incluindo o Artigo 1º que trata propriamente sobre a relevância da identificação, expressando a questão da consciência da identidade indígena, sendo considerada como critério fundamental para determinar os grupos diante das aplicações da Convenção.

Além disso, segundo Nolan e Balbuglio (apud Filho, 2023, p. 35), no caso a importância da identificação da pessoa encarcerada como indígena verifica-se pela expressão de pertencimento a um processo penal, diante de um magistrado que deve decidir de acordo com medidas alternativas ao encarceramento a uma pessoa indígena.

Assim sendo, a Convenção nº 169, em seu artigo 10, dispõe igualmente sobre as sanções penais impostas nas legislações gerais, levando em consideração as características econômicas, sociais e culturais dos povos indígenas, além da necessidade de evitarem as punições por meio do encarceramento, indicando a obrigação de seguirem a preferência a outros tipos de formas punitivas.

Assim, a norma penal que disciplina o tratamento para os povos indígenas no Código Penal, encontra-se especificada no artigo 26, que trata dos inimputáveis. Na exposição dos motivos do Código Penal, criado em 1940, principalmente quanto ao artigo 22, que foi atualizado para o referido artigo 26, identifica-se a ideia de equiparação dos indígenas em relação a pessoas que possuem o desenvolvimento mental incompleto, sendo incapazes de compreender o caráter ilícito de determinado ato. Dessa forma, acredita-se na ideia de integração com o “homem branco” e de “civilização” a fim de proporcionar um desenvolvimento mental do indígena, tornando-o capaz e considerado imputável.

Nesse sentido, na seara da culpabilidade estão introduzidos os elementos da

imputabilidade. De modo que a culpabilidade é um dos elementos essenciais para a aplicação de uma pena, como um juízo de reprovação e de censurabilidade perante uma conduta. Segundo Madeira (apud Oliveira, 2019 p. 86), o juízo de censurabilidade traduz-se na valoração de um injusto, diante de uma ação ou omissão típica, pressupondo que um agente é imputável, com a possibilidade de que ele conhece o ilícito, ainda, sendo possível se exigir um comportamento em conformidade com o regramento jurídico.

Além disso, segundo Oliveira (2019, p.87) a teoria de Wenzel, que trata da culpabilidade, retirou seus aspectos subjetivos do dolo e da culpa, passando para a tipicidade e definiu alguns requisitos para a culpabilidade, como a imputabilidade, que cabe ao juiz verificar se o agente tinha capacidade para suportar a reprovação penal e o conhecimento da ilicitude do fato e por último a verificação das circunstâncias do caso, para se exigir uma conduta diversa.

Nesse passo, verifica-se que em razão da inimputabilidade, resta prejudicada a culpabilidade, e por conseguinte a imposição de sanção penal. De modo que nesses casos, o juiz pode decretar a sentença absolutória imprópria, aplicando medidas de segurança, como formas alternativas, de acordo com o artigo 386, inciso VI e parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, o artigo 96 do Código Penal, trata das medidas de segurança, como a internação e o tratamento ambulatorial, enquanto o artigo 97 trata especificamente da imposição de medida de segurança para o inimputável, determinando a sua internação e se o fato for punível com detenção, o magistrado poderá submeter o agente a tratamento ambulatorial, ainda, no mesmo artigo, é estabelecido o prazo indeterminado para tais medidas de internação e tratamento, até a averiguação, por perícia médica de que a periculosidade foi cessada e ainda dispõe sobre o prazo mínimo de um a três anos das medidas.

Sendo assim, o entendimento majoritariamente direcionado ao indígena é que ele consiste em um sujeito com o desenvolvimento mental incompleto, pelo fato de não estar integrado a sociedade, conforme artigo 4º do Estatuto do Índio que dispõe sobre a classificação em isolados, em via de integração e integrados. Assim, quando isolado ou em vias de integração, ele pode ser entendido como aquela pessoa ainda não inserida no mundo não indígena, não sendo possível responder por seus atos.

Segundo Paschoal (apud Oliveira p. 89) existe uma “síndrome da supremacia”, em que a inimputabilidade do indígena, deve residir na verificação da internalização dos valores tutelados pela norma penal.

Nesses movimentos, evidentemente se verifica a relação entre o desenvolvimento mental do indígena com a sua integração a sociedade. De acordo com Oliveira (2019, p.89):

Há explícita relação entre desenvolvimento mental do indígena e estágio de integração à sociedade nacional, com desconsideração a priori da plena capacidade de responder e agir segundo seus valores socioculturais para, só a posteriori, entender por bem preservá-lo da sanção penal dos sujeitos integrados – ou melhor: do cidadão comum – justamente porque se compreende ser alguém diferenciado culturalmente, porém hierarquicamente inferior e “menos evoluído” do que as pessoas integradas à cultura nacional: o que prevalece no início é o déficit cognitivo-cultural, o que permanece na saída é a (in)tolerância cultural.

Sendo assim, surgem diversos questionamentos acerca do tratamento jurídico dispensado aos indígenas, especialmente quanto à finalidade e aos objetivos das medidas de segurança. Qual a finalidade dos estabelecimentos psiquiátricos destinados a indígenas? Busca-se a neutralização de uma suposta periculosidade, a punição de conduta reprovável ou a imposição de valores culturais ocidentais sobre esses sujeitos? É possível adequar os tratamentos para pessoas que sofrem de saúde mental, para a realidade dos indígenas que de modo contrário sofrem de conflitos de ordem sociocultural?

Além disso, a Convenção nº 169, estabelece em seu artigo 8º que a aplicação da legislação nacional aos povos interessados, deverá considerar os costumes desses povos, bem como seus direitos consuetudinários. Daí, a importância dos laudos antropológicos, que em síntese, responde sobre a capacidade ou não do indígena de compreender os atos praticados, além de analisar as características e bases que conectam o indivíduo ao grupo étnico pertencente, compreendendo a relação do indígena com sua cultura.

3 A RESOLUÇÃO 287/2019 DO CNJ E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS INDÍGENAS NO BRASIL

O Brasil é um país de grande riqueza cultural e diversidade étnica, que deve ser valorizada e protegida. Por conseguinte, persistem desafios a serem percorridos, sobretudo no âmbito jurídico, em razão das transformações sociais, das crescentes demandas e das especificidades de cada grupo, influenciando as decisões judiciais, principalmente aquelas em que estão figurando no polo passivo indígenas que supostamente atuaram em desconformidade com a lei ou outros que estão encarcerados.

De acordo com Oliveira (2019, p. 78), um dos maiores conflitos políticos, que de forma intencional são invisibilizados atualmente, são os relativos à adequação normativa do direito e processo penal brasileiro aos ditames dos direitos indígenas. As consequências são inúmeras e afetam diretamente os indivíduos e grupos indígenas como um todo, no cotidiano com as instituições jurídico-policiais e nos impasses às lutas sociais.

Verifica-se, ainda, um impasse entre os direitos estabelecidos e determinados pela Constituição de 1988, bem como documentos internacionais, frente aos procedimentos e

tratamentos adotados e dispostos pelo direito e processo penal brasileiro. Assim, o Código Penal, o Código de Processo Penal e o Estatuto do Índio não foram atualizados em face de um novo parâmetro, adotado pela Constituição Federal de 1988 e por tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que se referem a preservação e efetivação dos direitos humanos e dos direitos aos povos indígenas.

Com a finalidade de romper com tais impasses e preencher as lacunas normativas, o Conselho Nacional de Justiça criou a Resolução 287 em 2019, que estabelece procedimentos para o tratamento das pessoas indígenas que são acusadas, réus, condenadas ou privadas de liberdade e fornece diretrizes para assegurar os direitos dessas populações.

O conjunto de procedimentos elencados pela resolução manifestam alguns passos pertinentes para o modelo de política criminal liberto de estigmas e que busca garantir os direitos de grupos vulnerabilizados, que devem obter garantias, inclusive nos processos penais, em razão de suas individualidades.

Assim, o artigo 2º dispõe que todos os procedimentos da Resolução serão aplicados a todas as pessoas que se identifiquem como indígenas, brasileiros ou não, falantes ou não da língua portuguesa, de línguas nativas e independente dos seus locais de moradia, em contextos urbanos, acampamentos, entre outros (Brasil, 2019).

O artigo 3º trata da autodeclaração indígena, que pode ser manifestada em qualquer fase do processo penal ou na audiência de custódia (Brasil, 2019).

Ainda, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), oferece um manual sobre a resolução, a fim de elencar orientações para os tribunais e magistrados acerca da aplicação da resolução, de modo detalhado.

Assim, o manual trata de diversos tópicos, em especial sobre a questão da identificação dos acusados e réus indígenas. Assim, indica que diante dos indícios da condição de indígena, cabe a autoridade judicial questionar a pessoa, de forma simples e clara, sobretudo também buscando esclarecer sobre a importância do reconhecimento, a fim de assegurar os seus direitos e proteger as suas necessidades específicas, como contar com um intérprete (Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Além disso, o manual destaca o efeito intimidador que o indígena pode sofrer em contato com o sistema de justiça, em razão dos processos de negação de direitos, bem como pela dificuldade com a língua portuguesa e terminologias jurídicas. À vista disso, ele determina a obrigatoriedade da autoridade judicial em zelar para que a pessoa entenda sobre a relevância de sua autodeclaração e que ela não gerará tratamento discriminatório (Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Ainda, evidencia que o artigo 3º, parágrafo 1º da resolução, admite que as informações sobre a condição de indígena da pessoa, podem ser levadas à juízo por outras partes, inclusive profissionais, como servidores do próprio Tribunal (Brasil, 2019).

O artigo 4º da resolução, determina que os tribunais devem manter o registro da identificação da pessoa como indígena, além da sua etnia e língua falada, constando nos sistemas informatizados do Poder Judiciário (Brasil, 2019).

Ademais, o artigo 5º dispõe sobre a garantia de um intérprete pela autoridade judicial, de forma preferencial um membro da própria comunidade indígena, presente em todas as etapas do processo em que o indígena figure como parte. Indica que tal garantia é possível se a língua falada não for a portuguesa, se houver dúvida em relação aos atos processuais por exemplo e as próprias manifestações do indígena, igualmente mediante solicitação da defesa ou da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) ou a pedido de pessoa interessada (Brasil, 2019).

O artigo 6º trata da realização de perícia antropológica, que fornecerá subsídios para se estabelecer a responsabilidade da pessoa acusada e que deverá conter inúmeras informações elencadas pela resolução, como a qualificação do indígena, circunstâncias pessoais, culturais, além dos usos e costumes da comunidade que o indivíduo se vincula. Ainda, determina o entendimento da comunidade em relação à conduta típica imputada e dos mecanismos próprios de julgamento e punição adotado para seus membros e outras informações que sejam pertinentes para o caso (Brasil, 2019).

Assim, o laudo deverá responder se a conduta imputada é entendida pela própria comunidade como passível de responsabilização criminal.

De modo que o artigo 7º propriamente dispõe sobre a responsabilização da pessoa indígena que deverá considerar os mecanismos da comunidade que o indígena pertence, através de uma consulta prévia. O parágrafo único ressalta sobre a possibilidade da autoridade judicial adotar ou homologar práticas de resoluções de conflitos e de responsabilização, conforme os costumes e normas da comunidade indígena que o indivíduo pertence (Brasil, 2019).

Além disso, de acordo com o manual, existe um sistema sociocultural distinto da sociedade envolvente, em que o indígena vive. Considera-se que o processo criminal tem efeitos sobre toda a comunidade, seja pela estigmatização, pelos impactos financeiros ou pelas funções que aquela pessoa realiza que podem deixar de ser cumpridas (Conselho Nacional de Justiça, 2019 p. 17).

Portanto, a consulta a comunidade se demonstra fundamental e permite que sejam proferidas decisões de acordo com os contextos do caso e com fundamentos pertinentes, inclusive corresponde a um ato de respeito com a comunidade. De acordo com o manual sobre a resolução:

Trata-se de entender que a partir da Constituição Federal de 1988 ocorreu não só uma

mudança no paradigma epistemológico – o qual reconheceu o caráter pluriétnico do Estado e o direito dos povos indígenas à sua organização social – mas também uma mudança metodológica, que diz respeito ao modo pelo qual a autoridade judicial conduz os processos envolvendo pessoas indígenas. É nesse sentido que se afirma que os procedimentos criminais envolvendo réus, acusados ou condenados indígenas devem incluir a consulta às suas comunidades (Conselho Nacional de Justiça, 2019 p. 17).

Ainda, de acordo com o referido manual, os métodos que são compatíveis com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados pela autoridade judicial, de forma independente de um juízo de valor externo a essa comunidade. Além disso, os atos atentatórios aos direitos humanos, como tratamentos cruéis e a tortura podem fundamentar a não aplicação dos mecanismos da própria comunidade indígena, mas através de uma avaliação, com o respaldo de um laudo antropológico, cabendo sempre uma análise casuística (Conselho Nacional de Justiça, 2019 p. 30).

O artigo 8º determina que a autoridade judicial, em meio a imposição de medida cautelar alternativa à prisão, deve adaptá-la às condições e aos prazos compatíveis com a realidade dos indígenas, como os costumes, local de residência e tradições. Do mesmo modo, o artigo 9º acrescenta que não sendo o caso do artigo 7º, a autoridade judicial deverá considerar as características culturais, sociais e econômicas, além das declarações e a perícia antropológica, ajustando as penas restritivas de direitos perante as características e realidades do indígena, a conversão da multa pecuniária em prestação de serviço à comunidade, de acordo com consulta prévia (Brasil, 2019).

O artigo 10º prevê a excepcionalidade do encarceramento indígena e destaca a consulta à comunidade, privilegiando o regime da semiliberdade. Ainda, o parágrafo único reitera a articulação com as autoridades comunitárias indígenas da Comarca ou da Seção Judiciária, igualmente com a parceria da Funai e outras instituições (Brasil, 2019).

Em relação a prisão domiciliar, o artigo 11 determina que se considera como domicílio o território ou circunscrição geográfica da comunidade indígena e igualmente mediante consulta prévia. Enquanto o artigo 12, igualmente prevê que no caso de aplicação concomitante de medidas alternativas à prisão, previstas no artigo 318-B do Código de Processo Penal, deverá ser avaliada de acordo com as especificidades culturais (Brasil, 2019).

Ainda, a resolução dispõe de um tratamento específico para as mulheres indígenas, conforme artigo 13, a prisão domiciliar pela indígena mãe, gestante ou responsável por criança, será cumprida na comunidade e também trata do acompanhamento da execução da pena, beneficiada pela progressão de regime ser realizada em conjunto com a comunidade (Brasil, 2019).

Além disso, o artigo 14 assegura que nos estabelecimentos penais onde houver pessoas indígenas privadas de liberdade, o juízo de execução penal, colaborará para que sejam

disponibilizadas garantias à pessoa indígena, como assistência material, à saúde, social, religiosa, entre outras, e elenca garantias para a realização de visitas sociais, a alimentação em conformidade com os costumes, assistência religiosa e à saúde, e para o trabalho o respeito à cultura e para a educação o respeito ao idioma da pessoa indígena (Brasil, 2019).

Os artigos finais da resolução tratam dos cumprimentos por partes dos tribunais, como o cadastro de intérpretes nos sistemas e a promoção de cursos vinculados a resolução (Brasil, 2019).

Outrossim, é possível observar que a Resolução 287 proporcionou avanços relevantes, como a Nota Técnica 53/2019, da Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos (DIAMGE), vinculada à Coordenação-Geral da Cidadania e Alternativas Penais (CGCAP), da Diretoria de Polícias Penitenciárias (DIRPP), do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que realiza recomendações aos órgãos estaduais de administração penitenciária a adoção de medidas necessárias e efetivas à custódia das pessoas indígenas privadas de liberdade nos estabelecimentos penais, em conformidade com os regramentos internacionais e nacionais (Brasil, 2019).

Assim, a nota técnica recomenda procedimentos, destacando a importância de internalizar no âmbito da execução penal e do sistema prisional brasileiro, o comando constitucional referente as pessoas e comunidades indígenas.

Dessa forma, ressalta que a intenção é qualificar a execução da pena às pessoas indígenas e ainda considera expressamente as diretrizes da Resolução 287, tratando da autodeclaração, serviços de intérpretes, expressão religiosa, valorização da cultura, especificidades das mulheres indígenas presas e formação continuada dos servidores (Brasil, 2019).

Verifica-se que a Resolução 287 do CNJ contribui ativamente para um novo olhar perante a cultura do encarceramento, que acomete com maior intensidade grupos vulneráveis como os indígenas. De modo que a resolução se demonstra como um instrumento que observa efetivamente princípios constitucionais da cidadania e dignidade da pessoa humana.

Ainda, observa-se que busca modificar a realidade vivenciada pelas comunidades indígenas, de negação de sua cultura e organização social, destacando alternativas penais, a relevância dos laudos antropológicos e reitera de forma constante a consulta prévia da comunidade de pertencimento do indígena.

Além disso, prioriza o desencarceramento e o protagonismo das pessoas indígenas e possibilita a homologação de práticas de resolução de conflitos e de responsabilização de acordo com a cultura do indígena, apontando um novo direcionamento para as decisões judiciais, que podem se adequar conforme a realidade e entendimento da comunidade, respeitando culturas diferenciadas e valorizando o multiculturalismo.

Ademais, a Resolução, reconhece os efeitos da colonialidade, que silencia, invisibiliza e nega direitos aos indígenas. Esses grupos continuam a sofrer diante da imposição de uma justiça criminal que, em diversas situações, desconsidera suas singularidades e necessidades específicas, como o próprio direito de serem vistos e ouvidos de forma digna, e em vez disso, os penaliza de maneira cega.

4 INJUSTIÇA EPISTÊMICA, COLONIALIDADE E A NEGAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS NO PROCESSO PENAL: AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ (TJPR) E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

O conceito de Injustiça Epistêmica, introduzido e desenvolvido por Miranda Fricker, na obra *“Epistemic Injustice: power and the ethics of know-ing”*, pode ser compreendido perante o raciocínio e tratamento direcionado aos grupos indígenas que figuram como acusados, réus ou condenados no sistema de justiça criminal brasileiro. A autora destaca que a Injustiça Epistêmica consiste em causar um mal a alguém na condição específica do sujeito de conhecimento (Fricker, 2017, p. 17).

Considera-se que a injustiça epistêmica pode ser motivada por questões de gênero, cor, etnia e classe, como um fenômeno que afeta tais grupos como sujeitos de conhecimento, em que os preconceitos e estereótipos enraizados na sociedade se revelam sobre o grupo ao qual pertence o agente de conhecimento.

De modo que o fenômeno afeta negativamente o processo de transmissão, compreensão e avaliação do conhecimento, por vezes de forma profunda que pode minar toda a credibilidade do sujeito ou tornar inteligível ou inexplicável sua experiência. Assim, trata-se de injustiças que ocorrem em relação a capacidade de uma pessoa como produtora e receptora de conhecimento.

Relaciona-se a injustiça epistêmica criada por Miranda Fricker, com a forma de dominação conhecida por colonialidade do saber, inicialmente desenvolvida pelo autor Aníbal Quijano. O conceito desenvolvido pelo autor, refere-se à persistência das estruturas de poder e conhecimento que favorecem apenas uma visão de mundo, no caso, os saberes produzidos no Ocidente, em detrimento de outras formas de saberes, gerando uma profunda injustiça epistêmica vinculada aos saberes indígenas, que continuam passando por um processo de inferiorização e subalternização, em razão da impossibilidade de transmissão dos seus conhecimentos, inclusive pela dificuldade linguística ou falta de credibilidade.

Segundo Fricker (2017, p. 38) é possível considerar o poder social, que pode ser exercido de maneira ativa e passiva, podendo ser operado no plano da imaginação social coletiva, por meio do poder identitário. Assim, algumas ações podem ser moldadas por preconceitos internalizados,

reforçados por estruturas históricas de dominação, mesmo que sem a intenção.

Entende-se que tal imaginário coletivo, atinge e guia o pensamento do receptor de um testemunho ou depoimento, influenciando, inclusive de forma inconsciente o seu juízo quanto a credibilidade do relato. Portanto, pode prevalecer estereótipos e preconceitos perante fatos e evidências concretas apresentadas.

No Brasil, os indígenas por vezes são vinculados a estereótipos, vistos como “selvagens”, “limitados” e “atrasados”, por não se enquadrarem nos padrões europeizados impostos e introduzidos no país, passando por conflitos socioculturais.

Ainda, os novos paradigmas normativos se demonstram incapazes de romper com a colonialidade das práticas e dos discursos sociojurídicos, que são marcados por contradições e conflitos que antagonizam os povos indígenas com grupos que desenvolvem determinadas ideologias e alimentam estereótipos como os grupos empresariais do agronegócio, os oligopólios religiosos-midiáticos e à burocracia institucional, em razão do interesse econômico e do “impasse” que os grupos indígenas representam em face das terras habitadas que poderiam servir para os grupos empresariais levarem o país para um chamado “progresso econômico”. Assim, tais agentes desenvolvem estratégias políticas para inviabilizar ou dificultar a internalização dos direitos indígenas (Almeida, 2005 p. 15-16). A partir disso, são fomentadas as injustiças epistêmicas, que desconsideram qualquer experiência indígena.

Além disso, para Miranda Fricker a injustiça epistêmica pode ser dividida em dois conceitos, como a injustiça testemunhal, que se caracteriza quando os preconceitos levam o ouvinte a conferir às palavras do falante um grau de credibilidade reduzido (Fricker, 2017 p. 17-18). Assim, corresponde a situação em que a pessoa tem o valor do seu testemunho reduzido e é visto como alguém com capacidade cognitiva inferior.

Enquanto o outro conceito, constitui a chamada injustiça hermenêutica, que se apresenta, segundo a autora, quando uma lacuna nos recursos de interpretação coletiva situa a determinados indivíduos e grupos em injusta desvantagem em relação as suas experiências sociais (Fricker, 2017 p. 18). Pode ser entendida como uma exclusão de certos grupos específicos dos locais de produção de sentido, resultando na ausência de compreensão e de comunicação das realidades e experiências desses grupos, correspondendo a uma problemática estrutural, que ocorre antes da própria comunicação.

A autora Rachel Herdy, através do artigo intitulado “Injustiças testemunhais no raciocínio probatório” explora os conceitos de injustiça epistêmica da autora Miranda Fricker, bem como realiza uma crítica ao trabalho do autor Federico Picinali, que investiga como os estereótipos e preconceitos podem afetar de forma negativa as avaliações de relevância e valor probatório de

testemunhos, ocasionando em violações do devido processo legal (Herdy, 2024 p. 209).

De acordo com Herdy, o autor realiza uma justa denúncia acerca da tradição racionalista do direito probatório, a partir do raciocínio sobre a relevância e o valor probatório de um meio de prova, sendo o julgador obrigado a recorrer a generalizações que são fundamentadas no estoque de conhecimento de uma sociedade, ou seja, de informações acumuladas, do senso comum e da experiência. De modo que, de maneira pertinente Picinali critica e denuncia referida suposição, considerando que não é possível que seja utilizado um único estoque de conhecimento a que os julgadores devem recorrer, para fazer avaliações probatórias (Herdy, 2024 p. 211-212).

Considerando a crítica do autor, é incabível que as experiências sejam resumidas a uma visão de mundo, e que tal visão fundamente uma decisão judicial, visto que as experiências variam no interior de uma mesma sociedade. Nesse sentido, passando para a realidade brasileira, observamos que o país é formado por diversas culturas e por uma sociedade plural e que os grupos indígenas possuem suas singularidades, compondo suas experiências específicas. Dessa forma, referida tradição racionalista permite que uma universalização das experiências seja imposta.

Sendo assim, a teoria da injustiça epistêmica, revela-se especialmente útil para a análise crítica do processo penal brasileiro, sobretudo na atuação do judiciário frente aos casos que envolvem pessoas indígenas. Desse modo, as decisões judiciais evidenciam a persistência dessas injustiças, a permanência da colonialidade e a imposição de experiências e visões de mundo às pessoas indígenas. Além disso, apresentam as características dessas atuações e a resistência em relação a aplicação das diretrizes da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O cenário da prática é demonstrado pelo acórdão 0003339-61.2017.8.16.0159, em decisão proferida pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, que reconheceu a nulidade do processo penal desde o recebimento da denúncia, que apesar de qualificar o réu como indígena, o juízo não atendeu as providências inerentes à condição. No caso, restou constatado por estudo antropológico, determinado pela própria corte, que o réu pertence a um grupo indígena não integrado à sociedade envolvente. Todavia, não contou com suas garantias fundamentais previstas na Constituição, Estatuto do Índio e Resolução 287/2019. Assim, o tribunal identificou a ausência de assistência da Funai e da realização de audiência com intérprete, que prejudicaram a da autodefesa do réu, em razão da sua evidente dificuldade com a língua portuguesa.

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E LESÃO CORPORAL (ART. 129, § 9º E ART. 217-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. AVENTADA NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ESTATUTO DO ÍNDIO. PROCEDÊNCIA. CONSTATAÇÃO DE QUE O RÉU SE TRATA DE INDÍGENA, TENDO ESTA CONDIÇÃO SIDO CONFIRMADA POR DIVERSOS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ADEMAIS, POSTERIOR REALIZAÇÃO DE ESTUDO ANTROPOLÓGICO, DETERMINADO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA, QUE AVERIGUOU A NÃO-INTEGRAÇÃO DO

SILVÍCOLA À SOCIEDADE. CONSEQUENTE NECESSIDADE DE QUE FOSSE ASSISTIDO PELA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI), QUE NÃO INTERVIU NO FEITO. NÃO OBSERVÂNCIA ÀS GARANTIAS INERENTES À TAL CONDIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 221 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ARTIGO 7º DO ESTATUTO DO ÍNDIO (LEI Nº 6.001/1973), ARTIGO 11-B, § 6º, DA LEI Nº 9.028/95 C/C PORTARIA 839/2010-AGU E RESOLUÇÃO Nº 287/2019 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. IMPERATIVA ATUAÇÃO DO ÓRGÃO NA DEFESA DO INDÍGENA, BEM COMO PARA O FORNECIMENTO DE SUBSÍDIOS, POSSIBILITANDO A COMPREENSÃO TÉCNICA E ADEQUADA DA DIVERSIDADE SOCIOCULTURAL E ÉTNICA DO RÉU INDÍGENA. NÃO BASTASSE, PERÍCIA ANTROPOLÓGICA QUE APONTOU, ADEMAIS, A NECESSIDADE DE INTÉRPRETE NAS OPORTUNIDADES QUE O RÉU FOSSE OUVIDO EM JUÍZO. INTERROGATÓRIO JUDICIAL QUE DEMONSTRA CLARAMENTE A FALTA DE DOMÍNIO E COMPREENSÃO DA LÍNGUA PORTUGUESA. AUSÊNCIA DE AUTODEFESA E INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES ESSENCIAIS AO PROCESSO. NULIDADE QUE SE DECLARA A PARTIR DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA (QUE JÁ HAVIA QUALIFICADO O RÉU COMO ÍNDIO, NÃO TENDO O JUÍZO ADOTADO AS PROVIDÊNCIAS INERENTES À CONDIÇÃO), DEVENDO O PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO OBSERVAR, NO TRÂMITE PROCESSUAL, AS GARANTIAS LEGAIS CONFERIDAS AO ÍNDIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS AO DEFENSOR DATIVO PELA ATUAÇÃO EM GRAU RECURSAL (TJPR, Apelação criminal n. 0003339-61.2017.8.16.0159, 2020).

Nesse caso, observa-se de forma clara a ocorrência de múltiplas injustiças epistêmicas no decorrer do processo penal contra o réu indígena. O reconhecimento posterior de sua condição étnica e sociocultural, por meio de estudo antropológico, somente realizado pela própria corte, evidencia a negligência estatal quanto às garantias constitucionais e pela recente Resolução 287/2019 do CNJ que estabelece a importância do estudo antropológico.

O acórdão ainda aponta que o réu não compreendia adequadamente a língua portuguesa e que foi levado a interrogatório mesmo diante da sua condição, sem o acompanhamento de um intérprete. Portanto, não contou com condições mínimas de exercer sua autodefesa, tampouco de compreender a gravidade da imputação penal que lhe era dirigida, e mesmo assim, foi condenado pelo juízo de primeira instância, mas obteve a nulidade processual, conforme análise da instância superior.

Ademais, a ausência de um intérprete e da atuação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), desde a fase inicial do processo demonstra a desconsideração dos mecanismos legais voltados à proteção de pessoas indígenas, especialmente em contextos de privação de liberdade.

Assim, sob a ótica de Miranda Ficker, o caso revela a presença de uma dupla injustiça epistêmica. De acordo com Herdy (2024, p. 218), tende a ocorrer quando há um preconceito de identidade sistemático, que prejudica a inteligibilidade das experiências, no sentido de que se associa a um marcador social que afeta de forma negativa a pessoa em diversos aspectos e âmbitos de sua vida, e ocorre com frequência nos casos de raça e gênero.

Nessa perspectiva, tal condição se verifica nos casos em que pessoas indígenas são

processadas ou condenadas criminalmente, como demonstrado no acórdão do Tribunal de Justiça da Paraná. Assim, a palavra desses grupos é descredibilizada e suas experiências são interpretadas a partir de referenciais alheios, diferentes de sua estrutura cultural. Essa combinação aprofunda a exclusão epistêmica, tornando sua presença no processo penal marginalizada e epistemicamente invisibilizada.

Como destaca Herdy (2024, p. 218), “quando uma pessoa sofre um déficit de credibilidade preconceituoso, a informação que ela tenta transmitir permanecerá obliterada”. Desse modo, evidencia-se o prejuízo enfrentado por certos grupos sociais quando se encontram em contextos de vulnerabilidade, resultando em condenações injustas e desproporcionais, como ocorre com povos indígenas em conflito com a lei.

Ademais, Fricker igualmente se aprofunda quanto ao conceito da injustiça hermenêutica em face de grupos marginalizados. Segundo Herdy (2024, p. 219), existem situações de injustiça hermenêutica de forma “máxima” e outras em um cenário “intermediário”, em que o sujeito pode entender sua própria experiência e é capaz de a dividir com os membros de seu grupo social, mas não consegue compartilhá-la com membros de outros grupos, como as autoridades judiciais.

Assim, em diversos casos, é verificável a dificuldade dos indígenas em expressarem as suas experiências e propriamente se defenderem perante uma ação criminal, principalmente em decorrência de barreiras linguísticas e da ausência de recursos, como o intérprete. De modo que os déficits não decorrem apenas de falhas técnicas ou administrativas no sistema de justiça, mas refletem uma lógica colonial ainda vigente, que inferioriza os saberes não indígenas e contribui para a marginalização desses sujeitos no processo penal.

Portanto, sofrem de injustiça testemunhal e injustiça hermenêutica, inclusive de maneira combinada, assim, a injustiça testemunhal se revela principalmente diante da desigualdade de paridade de armas com que os acusa, considerando que muitas vezes não conseguem se expressar e o seu testemunho resta suscetível de descredibilização, ao passo que a injustiça hermenêutica se apresenta na medida em que não possuem recursos básicos para se comunicar.

Outrossim, é possível tratar das avaliações de credibilidade em meio a um processo judicial, incluindo as avaliações que ocorrem frente a informações oferecidas por outros participantes do processo e os danos epistêmicos. No caso, Herdy (2024, p. 227), aponta os casos de testemunhas ou peritos que fornecem dados e elucidações em nome de uma parte ou em benefício dela. No caso, se a informação que oferecem é desconsiderada de forma preconceituosa, considera-se que a parte que dela se beneficiaria pode sofrer um dano em ricochete como consequência.

Trata-se do caso de um perito ou assistente técnico, em que a parte poderia ser beneficiada com a informação. Nesse sentido, a ausência de laudo antropológico nos processos criminais

envolvendo pessoas indígenas pode ser compreendido como um caso de injustiça epistêmica. Embora o preconceito pode não recair diretamente ao perito ou o laudo em si, ele atinge o réu indígena, que em razão da sua identidade social, tem suas experiências incompreendidas.

O desinteresse institucional em requisitar a perícia antropológica, apresenta-se como uma omissão técnica e forma de exclusão estrutural de saberes outros, especialmente dos povos indígenas, cujas realidades não se moldam aos parâmetros da racionalidade dominante. Dessa forma, o saber especializado do antropólogo por vezes é desconsiderado, porque a pessoa que pode ser beneficiada dele é considerada inferior, ou incapaz de contribuir com o processo.

De acordo com Silva (2019, p. 2), as pessoas indígenas possuem crenças, costumes e tradições próprias da sua etnia e que dialogam ou não com os costumes, crenças e tradições dos não-indígenas. De modo que a responsabilização criminal, exige-se de uma consideração dessa diversidade, além da análise das circunstâncias em que o fato delituoso se produziu.

A perícia antropológica deve ser a base epistêmica a partir da qual o juízo criminal produz sua análise acerca de delitos que envolvam indígenas, seja no polo ativo, seja no polo passivo da ação penal. Sem aquela, resgata-se e reforça-se o olhar etnocêntrico que moldou as relações interétnicas até então produzidas, em evidente conflito com os ditames constitucionais vigentes que reconhecem a diversidade étnica dos povos indígenas no Brasil (Silva, 2019 p. 2).

Essa perspectiva reforça importância da perícia antropológica como instrumento indispensável à adequada compreensão do contexto sociocultural em que se insere o indígena. No entanto, como verificado no acórdão e em outros casos práticos, tal meio que possui valor probatório, é negligenciado, inclusive o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) têm entendido em diversos casos que a perícia antropológica pode ser dispensada se outros elementos de prova indicarem que o indígena se encontra integrado à sociedade e possui conhecimento sobre os costumes inerentes a ela.

Assim, no Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n. 179.182/RS o Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou o pedido da Defensoria Pública da União, que pleiteava o trancamento da ação penal contra indígenas acusados de tentativa de homicídio qualificado, argumentando a inépcia da denúncia e ausência de laudo antropológico.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUTORIA COLETIVA. ELABORAÇÃO DE LAUDO ANTROPOLÓGICO. DISPENSABILIDADE.

1. O trancamento da ação penal é medida excepcional, somente possível quando se observa de plano, sem a necessidade da análise mais aprofundada de fatos e provas, a falta de justa causa, a atipicidade da conduta, a causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade.
2. A denúncia atendeu aos requisitos do art. 41 do CPP, permitindo o exercício do contraditório e da ampla defesa.
3. Nos crimes de autoria coletiva, a descrição minuciosa das condutas individuais não é necessária, desde que seja demonstrado o liame entre o agir e a suposta prática delituosa,

- estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa.
4. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico de que é dispensável a realização do exame pericial antropológico ou sociológico, quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes. Precedentes.
5. Agravo regimental improvido (STJ, RHC n. 179.182/RS, 2025.).

O caso envolvia conflito entre grupos indígenas rivais dentro de terra indígena. A defesa alegou que a ausência de laudo antropológico violava direitos fundamentais e sustentou a necessidade do laudo a fim de garantir o respeito à organização social, cultural e da língua do povo indígena do caso e ressaltou que a omissão do laudo violaria o devido processo penal legal. Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), entendeu que é possível o caráter facultativo do laudo antropológico, de acordo com a Resolução 287/2019. Além disso, ressaltou que a conclusão do Tribunal de origem encontra-se em conformidade com seu entendimento, de que é dispensável a realização do exame antropológico, quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento de todos os costumes a ela inerentes.

De acordo com Wiecko (2019, p. 91), são recorrentes as práticas judiciais em que o indígena é tratado como imputável, que se vale do artigo 4º, inciso III do Estatuto do Índio, que versa sobre os indígenas integrados. Nesses casos, o juiz, pela verificação dos documentos presentes nos autos, do interrogatório de testemunhas e do acusado, e de certa avaliação subjetiva do agente, no qual considera-se a sua personalidade, atributos patrimoniais e convivência social, forma a convicção de que aquela pessoa está totalmente integrada aos valores da sociedade nacional, sem qualquer auxílio de laudo antropológico.

Configura-se como uma prática sedimentada e recorrente, que dispõe de precedentes judiciais que são citados em referidas decisões, como o RHC 141827-MS, REsp 1129637-SC, que fundamentam a dispensabilidade do laudo antropológico.

Ainda, a presença de atributos subjetivos nos sujeitos indígenas revela aos juízes a integração do indígena à sociedade nacional.

A presença de atributos subjetivos nos sujeitos indígenas revelou aos juízes de primeiro grau e aos ministros dos tribunais superiores: (1) primazia da nacionalidade sobre a etnicidade, com a flexibilização do direito à diferença resguardado às pessoas indígenas pela ótica da integração (ou não) a sociedade nacional, assim desconsiderando a importância da etnicidade na conformação subjetiva e social dos indivíduos indígenas; (2) impossibilidade de diferenciação do tratamento penal por se tratarem de pessoas com igual capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato das pessoas não-indígenas; (3) desnecessidade de realização de laudo antropológico ou psicológico pelos “manifestos” atributos subjetivos que revelam a integração dos indígenas aos valores socioculturais nacionais; (4) destituição dos direitos diferenciados à competência da Justiça Federal para julgamento da lide, ao interprete na língua nativa nos interrogatórios, à assistência judicial da FUNAI e outros direitos indígenas, com exceção do artigo 56 do Estatuto do Índio; e, (5) definição de que os atributos subjetivos apreendidos (grau de escolaridade, fluência na língua portuguesa, serem eleitores, proprietário de imóvel, entre outros) são satisfatórios para a formação da convicção dos magistrados quanto à adequação jurídico-judicial dos pacientes indígenas (Wiecko, 2019 p. 92).

Desse modo, trata-se de uma relativização judicial aos direitos indígenas por meio de análises abstratas e subjetivas dos juízes sobre o grau de socialização do indígena na sociedade nacional, que define a integração ou não por meio de parâmetros estritamente observáveis por sujeitos não-indígenas (Wiecko, 2019 p. 92). Revela-se, assim, a imposição de visões de mundo, de experiências a frente de grupos historicamente marginalizados na sociedade, resultando em uma injustiça epistêmica sistemática.

Para Araújo (apud Wiecko, 2019 p. 92), os entendimentos, que se afirmam pacificados, podem ser considerados duplamente perversos, pois se apoia em conceitos superados como a aculturação e integração, como maneira de barrar a aplicação de dispositivos legais vigentes, e ainda bane a possibilidade de interpretação de tais dispositivos, de acordo com a concepção contemporânea do princípio da igualdade, que pressupõe a observação e o respeito à diferença.

Constata-se que a sistemática da desconsideração da perícia antropológica, com base em critérios subjetivos de integração, opera como um mecanismo de apagamento da diversidade epistêmica e de negação da alteridade dos povos indígenas no processo penal. Ainda, possui o respaldo por uma jurisprudência reiterada, que revela não apenas a falha técnico-processual, mas a reprodução de uma lógica colonial que reduz o sujeito à medida da assimilação aos valores da sociedade dominante.

Nessa perspectiva, Santoro e Duarte (2024, p. 10), realizam uma crítica voltada ao processo penal, as práticas autoritárias e a seletividade processual, que esvaziam os direitos.

Seguir se declarando um processo penal de cariz democrático e reproduzir cotidianamente práticas autoritárias tem sido muito cômodo para os atores centrais que proporcionam a seletividade processual e o esvaziamento de direitos (invisibilidade processual) dela decorrente e, sem maiores rupturas nas concepções clássicas que tocam as funções e objetivos do processo penal.

Ademais, ao deslegitimar a escuta qualificada, medida por intérpretes e saberes antropológicos, o Judiciário impõe uma forma específica de injustiça epistêmica e complexa, que pode ser simultaneamente testemunhal e hermenêutica, que compromete o devido processo legal sob a perspectiva da interculturalidade e da igualdade substancial.

Verifica-se a persistência de uma racionalidade jurídica monocultural, que apesar de contar com direitos indígenas e diretrizes, o direito oficial do Estado impõe-se aos povos originários e não altera o arcaísmo de suas estruturas, marcadas por um etnocídio e genocídio e assim, não reconhecem o processo penal como um espaço heterogêneo, que abarca grupos sociais diferentes.

Conceber, pois, a diferença e a complexidade dos diferentes processos de luta por direitos é o primeiro passo para uma emancipação humana no âmbito jurídico geral e também na seara processual penal. Dar voz efetiva ao processado, tornar o ambiente processual não um terreno de constrangimento e formalidades violentas, mas sim um local de efetivas possibilidades defensivas de se batalhar pela inocência já é um começo considerável. A

partir daí, pode existir, quem sabe, um terreno possível para que o processo criminal não caminhe para a invisibilidade jurídica daqueles que ao serem processados não estão contidos no espectro comum e universal da tradição jurídico-liberal (Santoro e Duarte, 2024 p. 14).

Para Wiecko (2019, p.77), percebe-se a distância entre a positivação normativa e a efetividade jurídica, perante as decisões judiciais, políticas públicas e relações internas do país. Além disso, é possível entender o “sabor agri-doce dos direitos indígenas”, que representa a metáfora da contradição entre a vanguarda constitucional e internacional decolonial (sabor doce) e a manutenção ideológica da colonialidade (sabor amargo) como uma continuidade significativa, que institui e direciona novas, (ou velhas) modalidades de produção de sentidos para convivências em locais onde a diversidade ainda é de maneira majoritária tratada como desigualdade, e não como direito à diferença.

Nesse sentido, os indígenas no Brasil vivenciam essas contradições e são impedidos de exercer plenamente os direitos que lhes são formalmente assegurados. Além disso, diversas decisões se aproveitam de brechas legislativas e das lacunas das diretrizes da Resolução 287/2019, como os termos “se possível”, “sempre que possível”, ou de que a perícia antropológica deve ser realizada na fase inicial, do recebimento da denúncia ou da queixa, a fim de perpetuar tais desigualdades, produzindo uma injustiça epistêmica e gerando grave insegurança jurídica para esses grupos.

Para Oliveira (2019, p. 90), são dois crimes que o indígena “não aculturado” terá que pagar. O primeiro por incompletude sociocultural, por não entender e não agir conforme os valores das normas penais impostas e o segundo, de pretensa periculosidade da violação do bem jurídico-penal, por não o compreender a partir de referenciais externos e dominantes, reforçando-se a ideia da inimputabilidade e da medida de correção civilizacional.

De acordo com Segato (2012, p. 110), “O advento moderno tenta desenvolver e introduzir seu próprio antídoto para o veneno que inocula”. Trata-se de uma problemática complexa e estrutural, em que se mostra a atuação do Estado e de seus agentes públicos, na figura dos magistrados, que buscam muitas vezes entregar algo que já vem sendo destruído e desestruturado por eles.

Portanto, o sistema de justiça reafirma sua lógica assimétrica e monocultural por meio das decisões judiciais e da formação de precedentes, demonstrando que o reconhecimento normativo, isoladamente, é insuficiente diante de estruturas jurídicas que continuam operando sob fundamentos excludentes e racializados. Diante disso, torna-se imprescindível repensar as bases epistemológicas e estruturais do processo penal brasileiro à luz de uma justiça intercultural, que reconheça a diferença como valor, e não como obstáculo à cidadania e aos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em relação as decisões judiciais envolvendo pessoas indígenas no processo penal brasileiro, especialmente no âmbito do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), revela a persistência de práticas coloniais de saber, que continuam a marginalizar e silenciar os povos originários no sistema de justiça.

De modo que a invisibilização de suas experiências, a negação da escuta qualificada e a desconsideração da perícia antropológica, mesmo diante da existência da Resolução 287/2019 do CNJ, evidenciam um padrão de injustiça epistêmica sistemática, inclusive respaldado por precedentes judiciais e entendimentos pacificados, que minam a possibilidade de um julgamento verdadeiramente justo e intercultural.

As decisões demonstram que o reconhecimento formal de direitos se choca com a realidade de uma racionalidade jurídica monocultural, que não consegue romper com a lógica assimilacionista e etnocêntrica que historicamente marca as relações entre o Estado brasileiro e os povos indígenas. Ao deslegitimar os saberes não hegemônicos, ao ignorar a complexidade dos saberes indígenas e ao reduzir a diferença à desigualdade, o sistema de justiça penal reforça estruturas excludentes e racializadas.

Nesse sentido, a injustiça epistêmica se apresenta tanto de forma testemunhal, ao reduzir a credibilidade da palavra indígena, quanto na dimensão hermenêutica, ao negar os recursos coletivos necessários para tornar inteligíveis suas experiências culturais e sociais.

Portanto, trata-se de uma violência que não se limita ao campo simbólico, mas que tem efeitos concretos na liberdade, na dignidade humana e na própria sobrevivência dos povos originários. Assim, é necessário que se enfrente o imaginário colonial que ainda habita o judiciário brasileiro, resignificando o papel da escuta, da prova, da linguagem e do julgamento em contexto de alteridade, a partir de práticas interculturais, baseadas na diversidade epistêmica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Rotta; SALLET, Bruna Hoisler. Justiça criminal e direitos indígenas: potencialidades da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça para a redução da vulnerabilização indígena no sistema penal e prisional brasileiro. *Revista de Direito da PUC-Rio*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. xx-xx, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1461/736>. Acesso em: 10 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Manual da Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019. Procedimentos relativos a pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade: orientações a tribunais e magistrados para cumprimento da Resolução 287/2019 do Conselho

Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Manual-Resolu%C3%A7%C3%A3o-287-2019-CNJ.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 15 jun. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jun. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 10 jul. 2025.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Nota Técnica nº 53, de 6 de junho de 2019. Estabelece procedimentos quanto à custódia de pessoas indígenas, visando internalizar, no âmbito da execução penal e do sistema prisional brasileiro, o comando constitucional de respeito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições das pessoas e comunidades indígenas. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-tecnicas/custodia-de-grupos-especificos/custodia-de-indigenas.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2025.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Depen publica levantamento dos povos indígenas custodiados no sistema penitenciário.** Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-publica-levantamento-dos-povos-indigenas-custodiados-no-sistema-penitenciario>. Acesso em: 10 jun. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC 179.182/RS. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Rel. Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Julgado em 1º abr. 2025. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico Nacional em 7 abr. 2025. Processo nº 2023/0115855-6. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 2 jul. 2025.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MOREIRA, Elaine; SILVA, Tédney Moreira da. Os direitos dos acusados indígenas no processo penal sob o paradigma da interculturalidade. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 141–160, maio/jun. 2020. DOI: 10.19092/reed.v7i2.463. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/463>. Acesso em: 2 jul. 2025.

DA SILVEIRA FILHO, Alex Sandro. ENCARCERAMENTO DE INDÍGENAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONCEITO DE INJUSTIÇA EPISTÊMICA DE MIRANDA FRICKER. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Florianópolis, Brasil, v. 9, n. 1, 2023. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-0022/2023.v9i1.9557. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/9557>. Acesso em: 25 jun. 2025.

FRICKER, Miranda. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

FRICKER, Miranda. *Injusticia epistémica: el poder y la ética del conocimiento*. Traducción de Jorge Fernández Gonzalo. Barcelona: Herder, 2017.

HERDY, Rachel. Injustiças testemunhais no raciocínio probatório. In: Melhorar a prova (organização: Marina Gascón Abellán e Janaína Matida). São Paulo: Marcial Pons, 2024.

JUCÁ, Felipe Pereira. A Resolução 287/2019 do CNJ e sua (não) aplicação pelo Tribunal de Justiça do Amazonas. In: *VII ENADIR – Encontro Nacional de Antropologia do Direito*, GT17 – Processo, construção da verdade jurídica e decisão judicial. São Paulo: FFLCH-USP, 2021? p. [inserir a página inicial – final]. Disponível em: <https://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/Paper.%20VII%20Enadir.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2025.

OLIVEIRA, Assis da Costa; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Lei do índio ou lei do branco – quem decide? Sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 368 p. ISBN 978-85-519-1282-9.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2025.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 0003339-61.2017.8.16.0159, São Miguel do Iguaçu, PR. Rel. Simone Cherem Fabricio de Melo, Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau. 5ª Câmara Criminal. Julgado em 1º ago. 2020. Publicado em 3 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000008194511/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0003339-61.2017.8.16.0159>. Acesso em: 20 jun. 2025.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. Biblioteca Clacso. Disponível em: https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sursur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 25 jun. 2025.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; DUARTE, Daniel Nascimento. Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 204. ano 32. São Paulo: Ed. RT, Nset./out. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628265].

SEGATO, Rita Laura. “Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial”. E-Cadernos Ces, n. 18, p. 105-131, 2012.

SILVA, Tédney Moreira da. A necessidade de perícia antropológica de acusados indígenas. In: ENCONTRO NACIONAL DE ANTROPOLOGIA DO DIREITO, VI, 2019, São Paulo. Anais... São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019. p. 1-15. Disponível em: <https://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/A%20necessidade%20de%20per%C3%ADcia%20antropol%C3%B3gica%20de%20acusados%20ind%C3%ADgenas.pdf> . Acesso em: 10 jun. 2025.

NAS SOMBRAS DO CÁRCERE: PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O APAGAMENTO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Angélica Ferreira de FREITAS¹
Luiz Felipe Silva e SANTOS²

RESUMO

Este artigo propõe uma análise crítica da atuação do sistema penal brasileiro frente às pessoas com deficiência encarceradas, destacando as formas de violência estrutural e institucional que afetam esse grupo em duplo estado de vulnerabilidade. A partir da criminologia crítica, investigamos como o punitivismo, a superlotação, a precariedade e a ausência de políticas inclusivas reforçam a lógica de exclusão e aprofundam as desigualdades de gênero, classe, raça e capacidade corporal. O objetivo fulcral do escrito é desnudar como, mesmo existindo um aparato legal e constitucional para proteção dos direitos humanos fundamentais das pessoas em situação de cárcere, o cumprimento muitas vezes não é como deveria ser, demonstrando os limites da retórica constitucional frente à realidade brutal das prisões. Utiliza-se como metodologia o levantamento bibliográfico das produções sobre este escopo. Conclui-se a urgência de se repensar o papel do direito penal e do sistema penitenciário, sobretudo em relação à dignidade da pessoa humana, enquanto princípio que deve atravessar qualquer política pública de segurança e justiça.

PALAVRAS-CHAVE: sistema penal, deficiência, dignidade humana, criminologia crítica, punitivismo.

ABSTRACT

This article proposes a critical analysis of the Brazilian penal system's treatment of incarcerated persons with disabilities, highlighting the forms of structural and institutional violence that affect this group, which experiences a dual state of vulnerability. Drawing from critical criminology, we examine how punitivism, overcrowding, precarious conditions, and the absence of inclusive policies reinforce a logic of exclusion and deepen inequalities based on gender, class, race, and bodily capacity. The central aim of this work is to expose how, despite the existence of a legal and constitutional framework for the protection of the fundamental human rights of those in prison, its implementation often falls short, revealing the limits of constitutional rhetoric when faced with the brutal reality of incarceration. The methodology employed is a bibliographic review of existing literature on this subject. The study concludes by emphasizing the urgent need to rethink the role of criminal law and the penitentiary system, particularly in relation to the dignity of the human person as a principle that must underpin any public policy on security and justice.

KEYWORDS: penal system, disability, human dignity, critical criminology, punitivism.]

1 INTRODUÇÃO

Diversos dos horrores que aconteciam séculos atrás são uma realidade ultrapassada para as pessoas com deficiência; porém, para outras, tais práticas apenas mudaram de facetas, transmutando os jeitos de serem feitas e sendo tratadas de forma semelhante ao que ocorria na Antiguidade e na

1 Mestranda em Direito sob área de concentração em Direito e Desigualdades Sociais, pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Jataí (PPGD-UFJ); Bolsista CAPES; Pesquisadora de Gênero, Deficiência e Marxismo-Feminista; angelicaferreirafreitasufj@gmail.com.

2 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Jataí (UFJ); Pesquisa Gênero, Sexualidade e Representação Política; luizfelipesilvaesantos@gmail.com.

Idade Média, com práticas de extermínio, abandono, segregação e com sentimentos de repulsa, escárnio e piedade. Da mesma forma, a escassez de políticas públicas e atitudes voltadas ao enfrentamento da discriminação impede a construção de uma sociedade verdadeiramente inclusiva, resultando em atos de exploração, violência e abuso. A violência continua se manifestando de formas variadas e situadas (Resende; Vital, 2008, p. 66).

No contexto brasileiro, ao mesmo tempo em que são vítimas, existem as perspectivas de pessoas com deficiência que cometem crimes. Por mais que esse não seja um raciocínio frequente, essas pessoas também podem ter ações desviantes dos preceitos da legalidade. Porém, essas pessoas com deficiência em conflito com a lei são submetidas a um modelo tradicional de justiça criminal, amplamente reconhecido por seu caráter autoritário e excludente, o que só aprofunda ainda mais os abismos de desigualdade, até mesmo no tratamento (Pastana, 2009, p. 123)..

Nesses moldes, esse sistema prioriza a repressão penal sob o discurso de manutenção da lei e da ordem, negligenciando as especificidades e vulnerabilidades dos sujeitos envolvidos. É salutar ressaltar que esse autoritarismo se intensifica na fase de execução da pena, marcada por práticas sistemáticas de violência. O sistema punitivo tende a agravar os conflitos que busca controlar, gerando novos problemas em vez de solucioná-los e, frequentemente, intensificando a gravidade das situações em comparação ao contexto original que os gerou (Baratta, 1987, p. 5).

Fato é que o cenário prisional brasileiro revela uma grave crise estrutural e institucional, abrigando hoje mais de 850 mil pessoas em situação de cárcere, configurando a terceira maior população prisional do mundo. Segundo dados do Observatório Nacional dos Direitos Humanos, desde o ano 2000, esse número quase quadruplicou, refletindo a intensificação do encarceramento em massa. O déficit de vagas ultrapassou 200 mil, e cerca de um terço das unidades prisionais foi classificado como estando em condições ruins ou péssimas entre 2023 e 2024. A violência dentro do sistema é alarmante: em 2023, foram registradas 3.091 mortes no sistema penitenciário, das quais 703 foram homicídios (BRASIL, 2025).

A taxa de mortes violentas intencionais (MVI) é quatro vezes maior do que na população geral, e os casos de suicídio entre presos são três vezes mais frequentes. Desde 2015, com a implementação das audiências de custódia, mais de 120 mil denúncias de tortura e maus-tratos foram reportadas. Apenas entre 2020 e 2024, a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos registrou 14.731 denúncias, somando 55.668 violações, das quais 80% ocorreram dentro das prisões (BRASIL, 2025). Outro dado impactante perpassa pela impunidade, sendo hoje um fator motivador da violência, já que 85% dos homicídios brasileiros não são resolvidos. Entre as causas da crise, o documento aponta o abuso policial, a prática de tortura e a falência do sistema prisional (Anistia Internacional, 2015).

Ademais, há a alta taxa de reincidência: sete em cada dez presos acabam voltando ao crime. As penitenciárias brasileiras, em sua maioria, oferecem condições degradantes e desumanas. A superlotação, a ausência de higiene adequada, surtos de doenças, falta de preparo dos profissionais e a corrupção são características recorrentes (CNJ, 2014).

Tais dados ajudam a montar o quadro das urgências do sistema carcerário no país, sendo que a realidade enfrentada por pessoas privadas de liberdade no Brasil ainda reflete as mazelas da precariedade das unidades prisionais, marcada por condições degradantes de higiene e saúde, além de graves urgências na infraestrutura das celas e demais áreas das instituições penais. Essa situação é agravada pela omissão ou ineficiência do Estado em relação à crise carcerária, uma vez que inexistem (ou são ineficazes) políticas públicas voltadas à transformação do sistema prisional e à promoção da reintegração social dos indivíduos condenados (Spinieli, 2019).

De forma que, no momento em que se escolhe aprisionar indivíduos, os privando de liberdade e de seu direito de ir e vir, o que se condena é sua saúde física e mental, sua segurança diante dos riscos. Assim, o objetivo central desta pesquisa visa problematizar a lacuna e desnudar como, mesmo existindo um aparato legal e constitucional para proteção dos direitos humanos fundamentais das pessoas em situação de cárcere, o cumprimento muitas vezes não é como deveria ser, demonstrando os limites da retórica constitucional frente à realidade brutal das prisões. Sendo que o sistema demonstra falhas de finalidade e dos meios de mediação de penas, sendo uma abordagem desumana e doentia.

Utiliza-se, para os fins propostos de análise, o levantamento bibliográfico das produções sobre este escopo e de pesquisadores da área penalista, em vias de provocar reflexões sobre o futuro do encarceramento brasileiro. Conclui-se que o surgimento e a consolidação do que a teoria social denominou “Estado punitivo”, incorporado sempre ao tema da democracia, alçou, portanto, a questão do combate ao crime como peça do grande consenso presente na uniformização dos valores políticos, morais e sociais das sociedades contemporâneas. A defesa constante da “guerra contra o crime”, agindo como elo hegemônico consensual, amplia a defasagem entre o formal e o real, bem como a utilização meramente simbólica e autoritária do Direito Penal (Pastana, 2009, p. 135).

Enfim, partindo desse cenário de incessante busca da “tranquilização da vida social”, o que se verifica é a consolidação de uma sociedade de exclusão, de uma democracia sem cidadania, de um cidadão sem direitos. Esse é também o retrato nacional. O preconceito e a indiferença marcaram a história das pessoas com deficiência, sendo que, ao longo do tempo, e de acordo com os modelos econômicos, religiosos e sociais, foram segregadas e marginalizadas pela sociedade majoritária. A luta pela superação da situação de invisibilidade e para o exercício da cidadania deste grupo vulnerável ocorreu muito lentamente na história, contando com o apoio imprescindível dos

movimentos sociais das pessoas com deficiência.

2 O SISTEMA PENAL COMO DISPOSITIVO DE INVISIBILIZAÇÃO

Inicialmente, coloca-se em tela que todas as formas de exploração, maus-tratos, exclusão e discriminação devem ser reconhecidas como violência. Tal certeza perpassa os liames para compreender que tanto as agressões físicas quanto a violência moral e psicológica são igualmente prejudiciais, sendo que os atos violentos não são apenas aqueles que causam dano físico, mas também aqueles que limitam o direito de ir e vir de uma pessoa com deficiência (Resende; Vital, 2008, p. 66).

Um dos pilares fundamentais para que as estratégias de prevenção à violência sejam eficazes está em reconhecer todas as formas de violência como violações dos direitos humanos das pessoas com deficiência. É necessário que cada ato de violência seja compreendido sob essa perspectiva, considerando-se a trajetória histórica de exclusão social a que essas pessoas foram submetidas. Durante séculos, foram sistematicamente afastadas do acesso a direitos básicos como a vida, a liberdade, a educação, o trabalho e a participação ativa na sociedade. Negar-lhes esses direitos equivale a perpetuar a negação de sua condição humana.

Em termos da conceitualização de dispositivo desenvolvida por Foucault, ele define como:

um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode tecer entre estes elementos (Foucault, 2000, p. 244).

Com base na perspectiva foucaultiana, aplicado na leitura do sistema penal pode ser compreendido como um dispositivo de invisibilização. Tal dispositivo engloba um conjunto heterogêneo de elementos (discursos, instituições, leis, práticas administrativas, arquiteturas e saberes) que se articulam para operar estratégias de poder e subjetivação. Assim, o sistema penal, ao se fixar com suas bases nas normas jurídicas, procedimentos disciplinares, instituições carcerárias e discursos médico-legais, atua como um dispositivo que regula, controla e silencia determinadas populações (Foucault, 2000, p. 245)

No caso das pessoas com deficiência, esse dispositivo opera não apenas pela ausência de garantias mínimas de acessibilidade e dignidade nas prisões, mas também pela produção de sua invisibilidade enquanto sujeitos de direito. O saber-poder penal constrói e reproduz imagens estigmatizantes dessas pessoas, ao mesmo tempo em que omite suas especificidades e necessidades. A invisibilização, portanto, não é apenas uma omissão, mas uma estratégia ativa de exclusão, que atualiza práticas históricas de segregação e abandono sob a legitimidade do aparato jurídico e institucional.

No ambiente prisional, o contato contínuo com práticas desumanas gera um processo de naturalização dessas violações, fazendo com que as pessoas com deficiência encarceradas se tornem ainda mais invisíveis. É recorrente que essas pessoas permaneçam em contextos de extrema vulnerabilidade e indignidade, sem que haja respeito às suas garantias fundamentais. A ausência de acessibilidade e inclusão dentro das unidades prisionais reflete essa negligência, sendo comum que tais direitos nem sequer sejam pautados pelos órgãos responsáveis pela execução penal, incumbidos da fiscalização do sistema penitenciário (Brito, 2022, p. 224).

Vale destacar, que no Brasil, assim como em grande parte dos países latino-americanos, o autoritarismo é anterior à recente adoção do modelo econômico liberal. A arbitrariedade presente nas práticas de controle social está profundamente enraizada em aspectos complexos da trajetória política nacional. Outro fator que caracteriza a realidade brasileira é a crise de legitimidade que afeta a democracia contemporânea (Pastana, 2009, p. 122).

Partindo dessa conjuntura, mesmo quando medidas são formalmente adotadas diante de violações de direitos humanos no cárcere, essas ações tendem a assumir um caráter meramente burocrático. Desde o início, já se antevê sua ineficácia, seja pela postura omissiva dos próprios órgãos incumbidos da proteção de direitos, que por vezes ignoram a legislação vigente, seja pela falta de cumprimento, por parte do Estado, das determinações voltadas à garantia das normas de proteção dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade (Brito, 2022, p. 227).

A lógica de punição no Brasil não se sustenta na reabilitação, mas na lógica de exclusão e espetáculo da dor. Os estudos de Oliveira Júnior (2017) dissecam que o cárcere funciona como jaula, um espaço de degradação onde o sofrimento é parte essencial do cumprimento da pena. Esse cenário, que já é cruel em si, assume contornos ainda mais graves quando se trata de pessoas com deficiência, cujas necessidades específicas são ignoradas por uma estrutura que as considera menos que humanas. Sob essas condições:

As acessibilidades figuram como condições necessárias para que se permita às pessoas com deficiência a participação ativa nas relações sociais, como gozo de uma infraestrutura construída com base no standard de inclusão dessas pessoas. Especificamente em relação às pessoas com deficiência física, as barreiras arquitetônicas funcionam como verdadeiros bloqueios ao exercício de quaisquer direitos, ainda que se trate daqueles considerados

basilares, de primeira dimensão, como a liberdade de locomoção. Assim, a partir da abordagem social do conceito de deficiência, que rechaça o modelo médico e leva em consideração os elementos externos à pessoa para indicar o seu nível de inclusão ou exclusão social, é possível afirmar que a problemática do encarceramento de indivíduos nessa condição, em constante crescimento, estimula o retorno do direito e da consciência social às concepções de deficiência já superadas, para as quais as diferenças serviam como limitantes ao exercício dos direitos fundamentais (Spinieli; Martins, 2021, p. 64).

O Brasil é signatário de regras legalmente fixadas sobre as condições mínimas para o tratamento de reclusos, estabelecidas em 1955, em Genebra, pela Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de orientar os países na organização de seus sistemas judiciais e penais. Em 22 de maio de 2015, às Regras Mínimas foram revisadas para reforçar a proteção da dignidade das pessoas privadas de liberdade e para oferecer diretrizes no combate à negligência estatal no sistema prisional. O novo texto reconhece os detentos como seres humanos merecedores de respeito e proteção contra tratamentos desumanos ou degradantes, assegurando também às pessoas com deficiências físicas e/ou mentais o direito à acomodação adaptada de forma adequada (CNJ, 2016, p. 7).

Essa atualização ficou conhecida como Regras de Mandela, uma homenagem ao ex-presidente sul-africano Nelson Mandela, que se tornou símbolo mundial da luta por justiça, liberdade e igualdade, tendo sofrido graves violações de direitos durante seus quase 27 anos de prisão devido à sua militância política (Brito, 2023, p. 71). As regras versam, em algumas de suas disposições, sobre as pessoas com deficiência, sendo elas:

Regra 5 - 1. O regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos presos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos. 2. As administrações prisionais devem fazer todos os ajustes possíveis para garantir que os presos portadores de deficiências físicas, mentais ou outra incapacidade tenham acesso completo e efetivo à vida prisional em base de igualdade. **Regra 45** - 2. A determinação de confinamento solitário será proibida no caso de preso portador de deficiência mental ou física quando essas condições possam ser agravadas por tal medida. A proibição do uso do confinamento solitário e de medidas similares em casos envolvendo mulheres e crianças, como referido. **Regra 46** - 3. Os profissionais de saúde devem ter a autoridade para rever e recomendar alterações na separação involuntária de um preso, com vistas a assegurar que tal separação não agrave as condições médicas ou a deficiência física ou mental do preso. **Regra 55** - 2. Se o preso for analfabeto, as informações devem ser fornecidas verbalmente. Presos com deficiências sensoriais devem receber as informações de maneira apropriada a suas necessidades. **Regra 109** - 1. Os indivíduos considerados imputáveis, ou que posteriormente foram diagnosticados com deficiência mental e/ou problemas de saúde severos, para os quais o encarceramento significaria um agravamento de sua condição, não devem ser detidos em unidades prisionais e devem-se adotar procedimentos para removê-los a instituição de doentes mentais, assim que possível. 2. Se necessário, os demais presos que sofrem de outros problemas de saúde ou deficiências mentais devem ser observados e tratados sob cuidados de profissionais de saúde qualificados em instituições especializadas (CNJ, 2016, destaques nossos).

Sendo esse um documento que estrutura as demandas por um cárcere humanizado e que leve em consideração as individualidades. Expandindo a ideia das prisões, Foucault (1987, p. 163)

analisa como o sujeito encarcerado é transformado em objeto, especialmente ao introduzir o conceito de “corpos dóceis”. Para o autor, embora o corpo tenha sido historicamente submetido a diversos mecanismos de controle, como regras, proibições e obrigações, nas sociedades modernas essas práticas assumem novas características.

Outrossim, o controle passa a ser aplicado de forma detalhada, não mais tratando o corpo como uma totalidade indistinta, mas agindo sobre ele com precisão, regulando seus movimentos, gestos, posturas e ritmos. A vigilância se torna constante e rigorosa, incidindo sobre a mecânica corporal. O foco não está mais nos aspectos simbólicos do comportamento, mas na eficiência e funcionalidade dos movimentos.

Oliveira Júnior (2017), ao investigar a remição da pena por meio da leitura, examinou certos aspectos das vigílias realizadas nas prisões, entendendo o encarceramento como um mecanismo que aprisiona as pessoas em algo semelhante a jaulas para que cumpram suas sentenças. Segundo o autor:

O desrespeito à dignidade do apenado é um fator que provocou revolta. Não basta somente a pena e seu cumprimento, é preciso jogá-lo na sarjeta carcerária para experimentar o “braço forte do Estado” como forma de purgação do mal que causou. Não é mais suficiente deixar o homem aprisionado numa masmorra, pois é preciso também vigiá-lo dia e noite para não ter menor chance de se furtar ao cumprimento fiel da pena, na maioria das vezes, nesses lugares impera a fome, frio, o excesso da população carcerária, e homens vivendo coletivamente como animais amarrados e enjaulados (Oliveira Júnior, 2017, p. 56).

Fato é que o princípio da dignidade humana visa proteger todas as pessoas contra abusos, tratamentos desumanos e discriminação. Ele está intimamente ligado aos direitos humanos, que garantem condições mínimas necessárias para uma vida digna. Nesse ínterim, é fundamental que se debatam as condições impostas às pessoas com deficiência no sistema prisional, dado que essas pessoas, ao longo da história, foram marginalizadas e submetidas a tratamentos degradantes (Ramos, 2018). A reintegração social de um indivíduo que, em plena liberdade, sempre esteve à margem da sociedade tornou-se tarefa inviável. Mais grave ainda é a privação de seus direitos fundamentais, como o acesso mínimo à vida, o que torna ainda mais difícil a sua reintegração (Jesus, 2023).

Outro aspecto, no escopo da Justiça Penal, reflete sobre o fortalecimento do “Estado punitivo”, que visa manter a ordem e a lei dentro dos parâmetros liberais, sendo concretizado no encarceramento em massa, especialmente de membros das classes populares. Tais nuances sociais e culturais, visíveis em grande parte do Brasil, mostram que o sistema de justiça também serve como uma ferramenta de adesão aos valores liberais, o que se traduz em um tratamento penal desigual e desumano (Pastana, 2009, p. 132).

Nosso sistema penal está impregnado por valores burgueses que representam a dominação

de certas classes sobre outras. O ordenamento jurídico reflete, em muitas de suas normas, um ataque aos princípios democráticos e um desrespeito à dignidade humana e à cidadania. Por exemplo, a legislação penal brasileira prevê penas de 8 a 15 anos de reclusão para quem sequestra uma pessoa com a finalidade de obter vantagem, mesmo que o sequestro dure menos de 24 horas (BRASIL, 1940, art. 159). No entanto, estabelece uma pena muito mais branda, de 1 a 3 anos de reclusão, para quem mantém alguém em cárcere privado sem exigir qualquer vantagem (BRASIL, 1940, art. 148).

Outrossim, outro exemplo da dominação de classe em nossa legislação penal é a pena estabelecida para quem reduz alguém à condição análoga à de escravo. De acordo com o Código Penal a redução de uma pessoa a essa condição, seja por meio de trabalhos forçados, jornada exaustiva ou condições degradantes, resulta em uma pena de reclusão de 2 a 8 anos. A maior parte do nosso ordenamento penal é composta por penas que envolvem longos encarceramentos, muitas vezes desumanos, especialmente para crimes contra o patrimônio, crimes predominantemente cometidos por membros das classes populares (BRASIL, 1940, art. 149).

O dispositivo de invisibilização demonstra assim que todo o complexo de estruturas revela o quanto o sistema jurídico brasileiro ainda se encontra distante de uma efetiva consolidação como Estado Democrático de Direito. O sistema penal, enquanto dispositivo, opera como uma engrenagem fundamental de um projeto mais amplo de exclusão social, cujas consequências recaem com maior intensidade sobre sujeitos atravessados por múltiplas vulnerabilidades, como é o caso das pessoas com deficiência em situação de privação de liberdade.

Em síntese, apesar de frequentemente apontado como ineficaz por diversos operadores do Direito, o sistema penal não elimina por completo o infrator, mas o mantém em uma condição permanente de controle e marginalização. Ademais, o discurso hegemônico veiculado pelos meios de comunicação, alinhado a uma racionalidade liberal punitivista, dificulta o avanço de debates críticos, como os propostos pela criminologia minimalista, que defende a redução da intervenção penal e a ampliação do diálogo com a sociedade civil (Pastana, 2009, p. 132).

3 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DEFICIÊNCIA: INTERSEÇÕES NECESSÁRIAS

Desde a Antiguidade, pessoas com deficiência foram excluídas da sociedade, seja por não apresentarem compatibilidade física ou mental com a maioria, o que resultava em segregação natural, seja pelo simples fato de serem diferentes em uma época em que o conhecimento médico era limitado para compreendê-las. Toda essa exclusão, banhada por dificuldades de aceitação, gerou uma intolerância crescente e perseguição contra esses indivíduos, que até hoje são alvo de hostilidade e incompreensão, apesar dos avanços sociais e jurídicos ocorridos.

Diante desse histórico, é fundamental analisar a situação das pessoas com deficiência no

campo do Direito Penal, especialmente no que tange àquelas com deficiência intelectual, que são foco dos estudos sobre culpabilidade na teoria criminal. No passado, essas pessoas eram mal compreendidas pelas ciências sociais e médicas, o que resultava em sua exclusão e punição simplesmente por possuírem alguma limitação. Muitas vezes, eram consideradas socialmente perigosas por apresentarem comportamentos agressivos ou imprevisíveis, comportamento este frequentemente provocado pelo tratamento opressor a que eram submetidas (Volpato de Paula; Santana, 2022, p. 7).

Essa percepção equivocada de periculosidade levou ao abandono dessas pessoas em instituições que funcionavam mais como prisões do que como centros de cuidado, onde eram submetidas a castigos físicos, tratamentos cruéis como choques elétricos e confinamento para evitar fugas. Essa realidade histórica influenciou diretamente o Direito Penal, que inicialmente tratava pessoas com deficiência intelectual da mesma forma que indivíduos plenamente capazes. Felizmente, com o desenvolvimento das teorias criminais, passou-se a reconhecer a necessidade de diferenciação na aplicação da penalidade, uma vez que a culpabilidade é elemento essencial para a imposição da pena (Volpato de Paula; Santana, 2022, p. 7).

A culpabilidade pode ser entendida como a possibilidade de responsabilizar alguém pela prática de um crime, sendo requisito para a aplicação da sanção penal. Dentro desse conceito, a imputabilidade diz respeito à capacidade do agente de entender o caráter ilícito de sua conduta. Segundo Capez (2018, p. 533), ser imputável significa não só compreender o significado do próprio comportamento, mas também ter controle sobre a própria vontade. Portanto, dependendo do grau de compreensão e controle, a pessoa com deficiência intelectual pode ser considerada inimputável, por não ter consciência da reprovação social ou legal de seus atos, nem domínio sobre eles (Volpato de Paula; Santana, 2022, p. 7).

Por muito tempo, a criminologia tradicional negligenciou as intersecções entre gênero, raça, classe social e deficiência em suas análises. Em contraposição, a criminologia crítica propõe uma leitura do sistema penal como um mecanismo de perpetuação das desigualdades estruturais. Ao se observar a composição da população prisional no Brasil, evidencia-se a predominância de indivíduos negros, em situação de pobreza e com baixo nível de escolaridade. Soma-se a isso um dado cada vez mais preocupante: o aumento do número de pessoas com deficiência privadas de liberdade, sem que existam políticas públicas eficazes para assegurar a essas pessoas condições mínimas de dignidade (Brito, 2022, p. 21).

A ausência de adaptações nos espaços prisionais configura uma grave violação dos direitos das pessoas com deficiência, além de representar um tratamento desigual em relação aos demais detentos, em desacordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que estabelece: “Art. 81. Os

direitos da pessoa com deficiência serão garantidos por ocasião da aplicação de sanções penais” (BRASIL, 2015, art. 81).

Para Davis (2018, p. 8), o punitivismo revela-se especialmente cruel quando o Estado, em vez de garantir condições dignas de existência, atua como agente de supressão simbólica e material das vidas marginalizadas. Nesse cenário, a prisão ultrapassa a simples privação de liberdade e passa a representar o apagamento completo da subjetividade dos indivíduos encarcerados. A institucionalização da prisão como resposta predominante à criminalidade é tão naturalizada em nossa sociedade que sua existência parece inevitável e permanente. Poucos reconhecem que o movimento abolicionista penal possui raízes históricas profundas, remontando à própria consolidação das prisões como forma central de punição.

De modo geral, presume-se que os militantes contrários ao sistema prisional buscam apenas melhorias estruturais ou reformas pontuais. A ideia de abolição, por sua vez, é frequentemente descartada como utópica e muito distante de ser colocada em prática, sendo seus defensores vistos como ingênuos ou idealistas. Essa resistência ao pensamento abolicionista reflete a dificuldade coletiva de conceber um modelo de organização social que não se baseie na lógica do confinamento e na ameaça constante de exclusão por meio do encarceramento. A prisão tornou-se tão enraizada no imaginário social que pensar em uma vida sem ela parece, para muitos, simplesmente inconcebível (Davis, 2018, p. 8).

Mesmo campanhas progressistas, como aquelas contrárias à pena de morte, frequentemente mantêm a lógica punitivista ao considerar a prisão perpétua como sua alternativa mais racional. Embora a abolição da pena capital seja fundamental, é necessário reconhecer que muitas dessas iniciativas reproduzem os mesmos padrões históricos que consolidaram a prisão como principal forma de punição. Entrementes, a prisão deixa de ser apenas uma medida de contenção e passa a operar como uma ferramenta central na gestão da desigualdade social.

A naturalização do encarceramento também se evidencia na dificuldade coletiva de imaginar soluções que não envolvam a privação de liberdade. A lógica punitiva é tão enraizada que pensar em uma sociedade sem prisões parece, para muitos, inconcebível. No entanto, é precisamente essa naturalização que precisa ser desafiada. A superlotação carcerária, a seletividade penal e a criminalização da pobreza revelam que o sistema penal brasileiro não é neutro, mas profundamente atravessado por marcadores de classe, raça, gênero e deficiência.

Consoantes a essa lógica, um projeto abolicionista, ao invés de buscar meras substituições da prisão por formas semelhantes de controle, como tornozeleiras eletrônicas ou privação domiciliar, propõe uma transformação estrutural. Isso inclui repensar a função da justiça, priorizando práticas restaurativas, políticas públicas que ampliem o acesso à saúde mental, à

educação de qualidade, à moradia digna e à equidade racial e de gênero. O enfrentamento do racismo estrutural, do capacitismo, do patriarcado, da homofobia e da desigualdade de classe é essencial para que o desencarceramento se torne viável e para que a justiça deixe de ser sinônimo de punição (Davis, 2018, p. 12).

Portanto, imaginar um futuro sem prisões exige mais do que reformar o sistema penal: exige romper com a lógica de punição como resposta social padrão e construir uma nova organização coletiva, baseada em cuidado, reparação e justiça social.

4 A NEGAÇÃO DA DIGNIDADE COMO POLÍTICA DE ESTADO: AS NUANCES DENTRO DA LEGISLAÇÃO

Nota-se que, no contexto brasileiro, a discriminação ainda se manifesta de forma recorrente no dia a dia. O que demonstra que a legislação representa um instrumento fundamental de proteção para essa parcela vulnerável da população. Mesmo com os frequentes discursos sobre valorização da diversidade, é necessário ressaltar que:

Quando se menciona a repugnante prática nazista de avaliar quais pessoas com deficiência deveriam ser eliminadas e quais poderiam continuar a viver, certamente tal procedimento causa repulsa, no entanto, ainda hoje no Brasil, como revelou o relatório da Human Rights Watch (2018), pessoas com deficiência podem ser compelidas a passar a vida toda em instituições de isolamento pelo entendimento de que não estariam aptas ao convívio social, ou seja, o mesmo modelo de prescindibilidade surte efeitos, evidenciando um abismo entre a realidade e o ordenamento jurídico em vigor (Corrêa, 2021).

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reconhece que todos os seres humanos possuem dignidade, valor próprio e direitos iguais e inalienáveis, os quais são a base da liberdade, da justiça e da paz mundial. O documento também reafirma que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, destacando a importância de assegurar que as pessoas com deficiência tenham todos os seus direitos plenamente garantidos, sem sofrer qualquer forma de discriminação (BRASIL, 2023).

Antes da promulgação da Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, o ordenamento jurídico brasileiro não contemplava crimes específicos dirigidos contra pessoas com deficiência. Contudo, desde 1830, a legislação já previa a possibilidade de pessoas com deficiência intelectual serem responsabilizadas como autoras de infrações penais, refletindo a forma como essa população era socialmente percebida (BRASIL, 2015).

Em determinados casos isolados, já existiam dispositivos legais que previam agravantes ou qualificadoras quando os crimes eram cometidos contra indivíduos considerados vulneráveis, incluindo a pessoa com deficiência intelectual conforme descrito no artigo 217-A, parágrafo 1º, que

define como vulnerável aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento necessário para agir ou não pode oferecer resistência. Tais previsões estavam presentes em dispositivos como o artigo 155, parágrafo 4º-C, inciso II (furto qualificado), artigo 171, parágrafo 4º (estelionato contra vulnerável) e nos artigos 217-A, 218-B e 218-C (relativos a crimes sexuais contra vulneráveis) (BRASIL, 1940).

Com a implementação do Estatuto da Pessoa com Deficiência em 2015, esse panorama sofreu mudanças significativas, passando a existir a tipificação específica de crimes cometidos contra essa população. Esses novos dispositivos legais contemplam especialmente situações em que a pessoa com deficiência se encontra em condição de vulnerabilidade clara frente ao agente ativo, abordando, infelizmente, situações frequentes vivenciadas por essas pessoas (BRASIL, 2015).

Considerando esse panorama, o Estatuto representa um avanço importante para efetivar os direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, buscando assegurar maior proteção à integridade física e psicológica das pessoas com deficiência no âmbito criminal (Brito, 2022). Ressalta-se o artigo 18 do Protocolo de San Salvador estabelece que os Estados Partes têm o dever de assegurar às pessoas com deficiência a proteção necessária para que possam desenvolver plenamente sua personalidade e alcançar uma vida digna em sua totalidade:

Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim e, especialmente, a: a. Executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais; b. Proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes; c. Incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo; d. Promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena. (BRASIL, 1999).

Segundo Foucault (1987), o exercício tradicional do poder tende a ser explícito, evidenciando-se por meio de sua própria exibição. Essa característica gera efeitos contrastantes para os indivíduos que sofrem sua ação, podendo conduzi-los ao esquecimento social ou institucional. Diferentemente disso, no caso do poder disciplinar, o autor argumenta que sua operação se dá de forma velada, sendo marcada pela invisibilidade (Tierra *et al.*, 2024, p.4)

[...] em compensação, impõe aos que submetem um princípio de visibilidade obrigatória. Na disciplina, são os súditos que têm que ser vistos. Sua iluminação assegura a garra do poder que se exerce sobre eles. O Fato De Ser visto sem cessar, de sempre poder ser visto, que mantém sujeito o indivíduo disciplinar. E o exame é a técnica pela qual o poder, em vez de emitir os sinais de seu poderio, em vez de impor sua marca a seus súditos, capta-os num mecanismo de objetivação. No espaço que domina, o poder disciplinar manifesta, para o essencial, seu poderio organizando os objetos (Foucault, 1987, p. 211).

À luz dessa compreensão, a ausência de mecanismos efetivos de proteção às pessoas com deficiência nas prisões brasileiras revela o desprezo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da qual o Brasil é signatário. As normas existem, mas não são efetivadas, o que salta ao olhar é a institucionalização da violência através do descaso e da omissão.

A partir desse liame é possível constatar que o expressivo aumento do número de pessoas com deficiência em situação de privação de liberdade no Brasil ocorre em paralelo a uma evidente negligência e omissão do Estado. Apesar de ser responsável pela administração e fiscalização do sistema prisional, o Estado demonstra desconhecimento quanto às especificidades que envolvem a vivência dessas pessoas nas unidades prisionais.

Tal afastamento frente à sistemática violação de direitos humanos de pessoas com deficiência presas reforça essa lógica de exclusão, ao mesmo tempo em que o próprio Estado se exime, de forma indireta, de sua obrigação com a saúde dessas pessoas. Com isso, acaba por alimentar a construção de uma realidade paralela nos presídios, marcada por disputas por condições mínimas de sobrevivência (Spinieli; Martins, 2021, p. 61) sendo a saúde um dos pontos de maior destaque, pois sem saúde nenhum ser humano consegue se desenvolver nos outros âmbitos da vida. A Lei de Execução Penal estabelece:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. § 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento. § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido (BRASIL, 1984).

Nessa direção, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, fixada na CF/88: “Art 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;” mesmo que na prática mais parece letra morta diante da prática cotidiana de violações. Não se trata apenas de uma falha de gestão, mas de uma escolha política: punir com crueldade, ignorando as singularidades de cada sujeito. Como se observa:

A maioria das instalações prisionais brasileiras não foi construída levando em consideração as necessidades das pessoas com deficiência. Faltam Rampas, corrimãos, celas adaptadas, banheiros acessíveis e outras adaptações tornam o ambiente prisional particularmente desafiador para esses indivíduos, ou seja, uma infraestrutura inadequada e em desacordo com a Diretrizes Básicas para a arquitetura penal de 2011 (Jesus, 2023, p. 163).

Sob tal perspectiva o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 347, afirmou que as medidas adotadas até então foram insuficientes para interromper as violações sistemáticas de direitos humanos dentro dos presídios. Pelo contrário, o que se mantém é um crescimento contínuo

da população carcerária, com poucos investimentos ou nenhum verdadeiramente adequado para melhorar a infraestrutura das unidades prisionais (STF, 2015).

Esse agravamento é evidenciado por legislações recentes, como o Pacote Anticrime, que tornou mais rigorosas as regras para o cumprimento das penas, aumentando o tempo que as pessoas permanecem encarceradas. Além disso, houve uma flexibilização das normas que regulam a arquitetura prisional no Brasil, com a alteração da Resolução nº 09 do CNPCP, o que permitiu o aumento do número de vagas sem o correspondente aprimoramento da estrutura física (BRASIL, 2011).

Isso resultou na superlotação, com a alocação de detentos em espaços menores do que o permitido pela Lei de Execução Penal, configurando uma violação aos princípios constitucionais, direitos fundamentais da pessoa humana e normas internacionais de direitos humanos (Brito, 2022). Adicionalmente, a Lei nº 13.964, conferiu aos juízes de execução penal a responsabilidade de conduzir as execuções de acordos de não persecução penal homologados nos juízos criminais. Essa mudança certamente trará uma sobrecarga ao trabalho dos juízes, bem como para órgãos como a Defensoria Pública e o Ministério Público (BRASIL, 2019).

Essas alterações legislativas recentes terão um impacto negativo crescente no sistema prisional, tornando fundamental que os órgãos responsáveis pela execução penal estejam atentos a esses desafios. Eles devem buscar uma atuação mais proativa e menos burocrática para garantir os direitos humanos das pessoas encarceradas, além de desenvolver novas estratégias, como a possibilidade de recorrer ao Estado brasileiro para ações perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para isso, é imprescindível que haja investimentos mais eficazes na estruturação desses órgãos, adotando uma abordagem multidisciplinar que vá além da atuação jurídica. É fundamental que a individualização da pena considere as necessidades específicas de cada pessoa privada de liberdade, visando sua reinserção social (Brito, 2022).

A situação crítica do sistema penitenciário, já reconhecida pelo Judiciário na ADPF 347, aliada às consequências das recentes mudanças legislativas, deve servir como base para que as instituições se reorganizem com o objetivo de garantir os direitos humanos dos grupos mais vulneráveis no cárcere, especialmente das minorias que sofrem com a dupla punição e hipervulnerabilidade (STF, 2015).

Em suma, ser invisível é sofrer a indiferença social, o que implica em ver negados direitos fundamentais garantidos por tratados internacionais e pela Constituição Federal. A pessoa com deficiência encarcerada encontra-se no limite da desumanidade: sem acessibilidade, sem cuidados médicos adequados, sem possibilidade de defesa plena e, muitas vezes, sem reconhecimento sequer de sua condição específica (Pedreira; Consorte, 2021).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida por esta pesquisa evidencia que as diversas facetas do sistema penal brasileiro, especialmente por não apenas ignorarem as especificidades das pessoas com deficiência encarceradas, como também por reforçarem estruturas históricas de exclusão, marginalização e violência institucional. As sobreposições escancaram que o sistema, longe de oferecer a recuperação desses sujeitos e garantir seus direitos humanos fundamentais previstos na Constituição e nos tratados internacionais, revela as complexas formas de omissão do Estado brasileiro diante dos diversos tipos de violações que acometem esse grupo em situação de duplo ou até triplo estado de vulnerabilidade, atravessado por marcadores como deficiência, classe, raça e gênero.

As condições degradantes das prisões, a ausência de acessibilidade, a precariedade dos serviços básicos e a falta de dados e políticas públicas específicas apontam para uma realidade que inviabiliza qualquer promessa de ressocialização. O sistema prisional falha não apenas em seus objetivos declarados, mas também em assegurar o mínimo ético e jurídico de dignidade humana.

Como colocar pessoas em processo de ressocialização quando o lugar destinado a “pagar” sua pena é, na verdade, a experiência mais cruel que um ser humano pode vivenciar? Os altos níveis de desumanidade levam o sistema prisional brasileiro a um colapso evidente. Os autores demonstram, assim, um posicionamento político diante da realidade estudada.

Repensar o papel do direito penal exige ir além de reformas pontuais. É necessário adotar uma perspectiva anticapacitista que reconheça a diversidade dos corpos e a complexidade das existências humanas. Isso inclui a construção de políticas públicas de segurança e justiça baseadas não no punitivismo seletivo, mas na promoção da igualdade material, da inclusão social e da reparação histórica. O abolicionismo penal, nesse sentido, apresenta-se como uma proposta radical e urgente, especialmente quando se trata da defesa dos corpos que mais sofrem os efeitos do encarceramento massivo.

Diante do exposto, torna-se inadiável o compromisso com um projeto de justiça verdadeiramente democrático e inclusivo, que não tolere a invisibilidade nem a violação de direitos das pessoas com deficiência privadas de liberdade. Apenas a partir desse reconhecimento será possível construir um sistema que, de fato, respeite e concretize os princípios da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. *O Estado dos Direitos Humanos no Mundo – Relatório 2014/2015*. Londres: Amnesty International, 2015. Disponível em: <https://www.amnesty.org>. Acesso em: 9 jul.

2025.

BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Tradução de Francisco Bissoli Filho. *Doctrina Penal: teoria e prática em las ciencias penales*, Buenos Aires, ano 10, n. 87, p. 623-650, 1987.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Aprova o Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 31 jul. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 6 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 10 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 12 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 jul. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2025.

BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado Protocolo de San Salvador. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 dez. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 31 jul. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução nº 9, de 9 de novembro de 2011. Edita as Diretrizes Básicas para a Política Penitenciária Nacional. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2011/resolucao-no-9-de-09-de-novembro-de-2011.pdf/view>. Acesso em: 31 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Diário Oficial da União, Brasília, 7 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 10 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, conhecida como “Pacote Anticrime”. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 31 jul. 2025.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. *Procedimentos direcionados às pessoas com deficiência no sistema prisional*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2023. 34 p. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-tecnicas/coletanea-vulnerabilidade-em-pauta/cartilha-pessoas-com-deficiencia-no-sistema-prisional.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2025.

BRASIL. Observatório Nacional dos Direitos Humanos (ObservaDH) disponibiliza dados sobre o sistema prisional brasileiro. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2025/fevereiro/observatorio-nacional-dos-direitos-humanos-disponibiliza-dados-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: 31 jul. 2025.

BRITO, Fabrício Silva. *Mestrado profissional e prestação jurisdicional e direitos das pessoas com deficiência física privadas de liberdade: acessibilidade arquitetônica e inclusão no pós-graduação stricto sensu interdisciplinar em direitos humanos*. 2023. 162 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2023. Disponível em: <https://umbu.uft.edu.br/handle/11612/5300>. Acesso em: 26 jul. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Relatório estatístico do sistema carcerário brasileiro*. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília: CNJ, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Relatórios dos mutirões carcerários*. Brasília: CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 9 jul. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Cidadania nos presídios*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em: 9 jul. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos*. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. 88 p. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2025.

CORRÊA, Luís Fernando Nigro. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Tradução de Marina Vargas. 1. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018. Tradução de: *Are prisons obsolete?*

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. Sobre a história da sexualidade. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. *World Prison Brief*. University of Essex. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org>. Acesso em: 9 jul. 2025.

JESUS, Everaldo Antonio de. Análise dos direitos humanos do sentenciado pessoa com deficiência. *Revista OWL – Revista Interdisciplinar de Ensino e Educação*, [S. l.], v. 1, n. 3, p. 159–167, 2023. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.8423859>. Disponível em: <https://revistaowl.com.br/index.php/owl/article/view/93>. Acesso em: 30 jul. 2025.

OLIVEIRA JÚNIOR, Ulysses. *Remição da pena pela leitura e o sistema penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2017.

ONU. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/pt/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons->

disabilities. Acesso em: jul. 2025.

PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 17, n. 32, p. 121-138, fev. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/28601/18814>. Acesso em: 31 jul. 2025.

PEDREIRA, Daniela; CONSORTE, João. *Direitos Humanos, Deficiência e Sistema Penal: invisibilidades e resistências*. Salvador: EDUFBA, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2018.

RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flávia Maria de Paiva (coord.). *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

SPINIELI, André Luiz Pereira; MARTINS, Adhara Salomão. Pessoas com deficiência e o fenômeno do encarceramento a partir de uma abordagem de direito ítalo-brasileiro. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, v. 5, n. 15, p. 60-66, 2021. Disponível em: <http://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/view/230>. Acesso em: 10 jul. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Reconhecimento da situação do sistema penitenciário brasileiro e determinações sobre a superlotação e condições degradantes. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2025.

TIERRA, Lênin Silva; MENDONÇA, Kelton Lucas de Assis; OLIVEIRA JÚNIOR, Vicente Celeste de. *A invisibilidade das pessoas com deficiência no sistema prisional brasileiro: uma análise da (in)eficácia dos mecanismos de proteção de direitos humanos*. TCC (Trabalho de Conclusão de Curso) – Graduação em Direito, Universidade Potiguar – UnP, Campus Mossoró/RN, rede Ânima Educação, 2024. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 30 jul. 2025.

O ENFRENTAMENTO DA INJUSTIÇA TESTEMUNHAL EPISTÊMICA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS VS. MÉXICO

Paola Cristina de Moura SALES¹

RESUMO

O conceito de injustiça epistêmica, cunhado por Miranda Fricker, nos ajuda a compreender a razão pela qual algumas partes tem a sua versão dos fatos recebida com um déficit de credibilidade. Apesar de ter sido desenvolvido no escopo de uma teoria recente, o problema que o conceito anuncia não é novo e encontra um grande espaço de discussão na América Latina. Por essa razão, despertou-se a curiosidade acerca do tratamento dado ao tema pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Através da análise do caso Fernández Ortega e outros vs. México, buscar-se-á identificar a resposta dada pela Corte diante do problema da injustiça epistêmica mesmo quando ele não fora assim nomeado.

PALAVRAS-CHAVE: Injustiça epistêmica. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direito à prova. Credibilidade.

ABSTRACT

The concept of epistemic injustice, coined by Miranda Fricker, helps us understand why certain parties have their versions of the facts received with a deficit of credibility. Although it was developed within the framework of a recent theory, the problem that this concept identifies is not new and has found significant space for discussion in Latin America. For this reason, there has been growing interest in how the Inter-American Court of Human Rights has addressed this issue. Through the analysis of the Case of Fernández Ortega et al. v. Mexico, this study seeks to identify the response given by the Court to the problem of epistemic injustice, even when it was not explicitly named as such.

KEY-WORDS: Epistemic Injustice. Inter-American Court of Human Rights. Right to Evidence. Credibility.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de injustiça epistêmica passou a ser conhecido a partir da teoria apresentada pela filósofa Miranda Fricker, em 2007, com a publicação da obra intitulada “Epistemic Injustice: Powe and Ethics of Knowing”. Em linhas gerais, quando se dá menor credibilidade ao testemunho de um sujeito em razão de preconceito identitário por parte do receptor ou quando o sujeito é excluído de uma participação efetiva na estrutura de poder que controla o discurso se está diante de uma injustiça epistêmica².

Apesar da estruturação desse conceito ocorrer a partir da obra dessa autora, e daí se

1 Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

2 PÁEZ, Andrés; MATIDA, Janaina. Editorial do dossiê “Injustiça epistêmica nos contextos penal e processual penal”, p. 13.

desenvolverem estudos na temática e até ampliação do conceito - como a identificação da injustiça epistêmica agencial -, fato é que o problema que o originou não é tão novo. É possível dizer que em diversos momentos históricos anteriores poderia se identificar ocasiões de injustiça epistêmica, de injustiças ligadas a valoração de provas e a credibilidade do testemunho.

Nomear um problema parece ser um passo importante para o seu enfrentamento, conhecer o que se busca combater auxilia no desenvolvimento da pesquisa, na observação das lacunas, no desenvolvimento de propostas que busquem minimizar os impactos negativos do fenômeno. Não há dúvidas, nesse sentido, quanto às contribuições da teoria de Fricker ao conceituar a injustiça epistêmica.

No editorial do dossiê “Injustiça epistêmica nos contextos penal e processual penal” os autores Andrés Páez e Janaína Matida apresentam uma visão geral do desenvolvimento teórico do conceito e observam que, não obstante os sistemas jurídicos norte-americano e britânico parecerem alheios à ideia de injustiça epistêmica, existe um interesse crescente no conceito em regiões como o Brasil e a América Latina como um todo³.

Por essa razão, nesse artigo, busca-se analisar como a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem tratado o tema da injustiça epistêmica, identificando as respostas dadas no enfrentamento do fenômeno a partir do estudo de um caso concreto.

O caso *Fernández Ortega y otros vs. México* foi escolhido como objeto dessa pesquisa por sua relevância paradigmática, por se compreender, dentre os casos estudados na disciplina de Garantias Convencionais e Constitucionais do Processo Penal, a pertinência dele ao desenvolvimento do tema da injustiça epistêmica.

Para alcançar o objetivo geral de analisar como a Corte Interamericana tratou o tema no caso, organizou-se o desenvolvimento do artigo da seguinte forma, em um primeiro momento, a apresentação do referencial teórico, seguida da exposição dos fatos principais do caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, a demonstração da manifestação da injustiça epistêmica nesse, as respostas dadas pela Corte e o impacto da decisão para os avanços do tema e o enfrentamento de problemas posteriores.

2. INJUSTIÇA EPISTÊMICA

A compreensão inicial sobre a injustiça epistêmica propiciada pela teoria de Fricker indica que esse fenômeno é verificado quando: i) o ouvinte de fato possui um preconceito identitário implícito; ii) esse preconceito foi a causa do déficit injustificado de credibilidade; iii) ocorreu o

3 PÁEZ, Andrés; MATIDA, Janaina. Editorial do dossiê “Injustiça epistêmica nos contextos penal e processual penal”, p. 13.

déficit de credibilidade na troca testemunhal⁴.

Para Matida e Páez provar esses três elementos é uma tarefa impossível, porque, entre outros motivos, demanda provas de atitudes implícitas. Em razão disso, seria difícil que decisões judiciais fossem impugnadas sob a justificativa de ocorrência de injustiça testemunhal epistêmica nesses termos mais estreitos⁵.

Outros autores desenvolveram, por esse motivo, conceitos mais amplos para caracterizar a injustiça epistêmica⁶.

O outro tipo de injustiça epistêmica formulado por Fricker consiste na injustiça hermenêutica. Essa é caracterizada quando há lacuna nos recursos de interpretação colocam alguém em desvantagem em relação ao sentido que emprega as próprias experiências sociais, resultado não de um preconceito individual mas de um problema estrutural, coletivo⁷.

Retomando às visões amplas a respeito do conceito de injustiça testemunhal epistêmica, para os fins desse artigo, mostra-se relevante mencionar e adotar a compreensão oferecida por Jennifer Lackey que sustenta a ocorrência do fenômeno não somente quando há um déficit de credibilidade, mas também quando houver um excesso⁸.

Acerca da credibilidade e da injustiça testemunhal, Lackey afirma que “acreditarmos no que nos dizem depende, em grande parte, da credibilidade que consideramos ter o falante”⁹. O crédito que damos a um discurso perpassa quase todos os contextos da nossa existência, nos julgamentos que precisamos fazer ao longo de toda vida¹⁰.

Tanto mais se identifica a relevância do elemento da credibilidade no modo como são conduzidas as investigações e os processos criminais nos quais importa o convencimento de autoridades como o julgador. No caso em análise, neste artigo, entende-se que a questão da credibilidade foi crucial para o (não)desenvolvimento da investigação.

3. FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS VS. MÉXICO

A seguir, apresenta-se resumidamente o caso, naquilo que é pertinente para a compreensão do contexto e da relação com o tema proposto no artigo.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou a demanda do Caso à Corte por entender que o Estado mexicano deveria ser responsabilizado pela estupro e tortura perpetrados

4 PÁEZ, Andrés; MATIDA, Janaina. Editorial do dossiê “Injustiça epistêmica nos contextos penal e processual penal”, p. 15.

5 Idem.

6 Idem, p. 16.

7 Idem, p. 17.

8 Idem, p. 20

9 LACKEY, Jennifer. Injustiça testemunhal criminal. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 37.

10 LACKEY, Jennifer. Injustiça testemunhal criminal. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 37.

contra a senhora Fernández Ortega, que ocorreram no dia 22 de março de 2002, pela ausência de devida diligência na investigação e ausência de punição dos responsáveis por esses fatos, pela falta de reparação adequada em favor da suposta vítima e de seus familiares, pela utilização do foto militar para a investigação e julgamento das violações aos direitos humanos e pelas dificuldades que as pessoas indígenas enfrentam, sobretudo as mulheres, para ter acesso à justiça, exemplificado nesse caso¹¹.

Os fatos ocorreram no período de presença militar que visava reprimir atividades ilegais no estado de Guerrero. Nesse contexto, entre 1997 e 2004, foram apresentadas seis denúncias referentes à violação sexual de mulheres indígenas, atribuídas a membros do Exército no local, mas sem registro de que algum dos responsáveis tenham sido punidos até o momento da sentença proferida em 2010.¹²

No caso em análise, a vítima, a senhora Fernández Ortega era uma mulher indígena, que pertencia à comunidade Me'phaa, no estado de Guerrero. Na época dos fatos, a vítima tinha quase 25 anos, era casada com o senhor Prisciliano Sierra, com quem tinha quatro filhos. No dia 22 de março de 2002, a vítima, na companhia de seus quatro filhos foi surpreendida com a aproximação de cerca de onze militares, fardados e portando armas, de sua residência, sendo que três deles efetivamente ingressaram na casa, sem o consentimento dela¹³.

Os militares perguntavam onde o marido da vítima teria ido roubar carne, mas não foram respondidos em razão do medo e da falta de domínio da língua. Sem resposta, iniciaram as agressões que culminaram na violência sexual.

No dia 24 de março de 2002, a vítima, acompanhada do marido e de duas outras pessoas, dentre elas o senhor Lugo Cortés, Inspetor Geral da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos do estado de Guerrero, se dirigiu ao Ministério Público do Foro Comum do Distrito Judicial de Allende a fim de denunciar os fatos, o que deu origem à investigação prévia ALLE/SC/03/76/2002¹⁴.

Entretanto, narra a sentença que “diante da afirmação feita pela suposta vítima de que os autores dos fatos haviam sido militares, o agente do Ministério Público lhes afirmou que ‘não tinha tempo para receber a denúncia’”¹⁵. Somente após a intervenção de Cortés, é que o funcionário acolheu a declaração de Fernández Ortega¹⁶.

Os exames médicos necessários à investigação também não foram realizados com a

11 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega e outros vs. México: sentença de 30 de agosto de 2010, p. 2

12 Idem, p. 26

13 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega e outros vs. México: sentença de 30 de agosto de 2010, p. 26

14 Idem, p. 27.

15 Ibidem.

16 Ibidem.

diligência necessária, em um primeiro momento, pela ausência de pessoal médico feminino e, posteriormente, pela carência de material adequado para a realização dos exames¹⁷. Em 9 de julho de 2002, constatou-se, através de lauda assinado por uma perita química, a presença de líquido seminal e identificação de espermatozoides nas amostras enviadas ao laboratório¹⁸. Finalmente em 16 de agosto de 2002, o Coordenador de Química Forense da Procuradoria Geral de Justiça informou ao Ministério Público Militar, responsável por prosseguir com a investigação, que as amostras obtidas da vítima foram totalmente utilizadas no seu exame e, por isso, não se encontram no arquivo biológico, o que inviabilizou a análise naquele momento¹⁹.

A Comissão entendeu que a senhora Ortega foi realmente vítima de estupro por parte de membros do Exército mexicano em razão da presença de diversos indícios como a declaração da vítima perante as autoridades civil, a declaração de sua filha, a presença de espermatozoides na amostra colhida, a certificação psiquiátrica do perito vinculado à Comissão de Direitos Humanos no sentido de que a vítima fora exposta a um acontecimento traumático, o fato incontestável da presença de militares na região na época dos fatos, os relatórios dos organismos das Nações Unidas que afirmam terem recebido informações sobre as denúncias de abusos sexuais nesse contexto e o relatório pericial que afirma que a vítima sofreu um evento traumático²⁰.

Corroborado a isso, os representantes da vítima afirmaram que a ausência de provas adicionais é de responsabilidade exclusiva do Estado, porquanto não realizou diligente e efetivamente a investigação²¹. Acrescentaram que a vítima também teve o direito à honra violado, não somente em razão do estupro – tortura -, mas em razão da ausência de investigação adequada dos fatos, não houve preocupação séria e efetiva para a identificação dos responsáveis²².

O Estado respondeu que, apesar das consequências nefastas de um estupro, nesse caso, não houve comprovação da existência do crime e de quem seriam os seus responsáveis. Alegou que a prova de que a senhora Ortega foi estuprada por agentes do Estado depende dos elementos que a Comissão e os peticionários não conseguiram apresentar²³, que

17 Idem, p. 28.

18 Idem, p. 29

19 Idem, p. 29

20 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega e outros vs. México: sentença de 30 de agosto de 2010, p. 30.

21 Idem.

22 Idem, p. 31.

23 Ibidem.

as declarações das supostas vítimas não constituem prova plena, mas devem ser corroboradas com outros elementos; ii) as alegações de outras supostas violações sexuais não possuem relação com o presente caso e não foram devidamente comprovados; iii) o extravio da prova foi explicado e não poderia levar a uma conclusão lógica que atribuisse responsabilidade ao Estado; iv) os testemunhos, declarações e perícias que afirmam que a senhora Fernández Ortega foi estuprada por elementos do Exército mexicano não podem ser levados em consideração pela Corte, pois seus autores não são conhecedores diretos dos fatos.

Adicionalmente, alegou que o relatório da Comissão Nacional de Direitos Humanos afirmou que não existem elementos probatórios para atribuir responsabilidade ao Exército” além de que, segundo informações da atividade do batalhão, sustenta que não havia militares no local dos fatos²⁴.

Em relação à investigação, o Estado defendeu que “não foram encontrados elementos que demonstrem ou façam supor atos de desprezo público, perseguição, discriminação, acusações falsas ou ameaças cometidas por agentes do Estado em prejuízo da suposta vítima e de seus familiares”²⁵. Acrescentou que, ao contrário, a vítima contou com postura favorável do Estado que implementou em benefício dela, as medidas provisórias vigentes, necessárias a sua proteção²⁶.

A respeito da integridade pessoal da vítima e de seus familiares, a Comissão ressaltou que Ortega enfrentou obstáculos culturais, econômicos, sociais, de idioma, até conseguir denunciar as violências sofridas. Ainda assim, durante as investigações, enfrentou outras barreiras, como “a resistência, o silêncio, a negligência, a perseguição, o medo, a revitimização, e um foro sem competência”²⁷.

Os representantes da vítima, a despeito de não terem inicialmente apontaram para essas questões, concordaram com a compreensão da Comissão sobre a sequência de violações suportadas pela vítima, que não se encerraram no dia do fato criminoso²⁸.

A Comissão argumentou também que Ortega foi submetida a um sistema de justiça que não organizou suas estruturas para atender as particularidades de uma vítima de estupro. Nesse sentido, salientou que:

o funcionário do Ministério Público do Foro Comum se recusou a receber a denúncia da suposta vítima, ao tomar conhecimento que os acusados do crime eram militares, e somente a recebeu depois da intervenção do Inspetor da Comissão de Direitos Humanos de Guerrero; ii) **não havia tradutores** que falassem me’paa, e por isso a senhora Fernández Ortega teve de ser assistida por uma pessoa de sua comunidade para poder interpor a denúncia; iii) **não havia pessoal médico do sexo feminino disponível** para realizar o exame ginecológico, razão pela qual a suposta vítima “foi enviada ao Hospital Público de Ayutla e teve de esperar para ser examinada até o dia seguinte”; iv) **a médica que finalmente a examinou não era legista**, mas médica geral, carecendo dos conhecimentos

24 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega e outros vs. México: sentença de 30 de agosto de 2010, p. 31

25 Idem, p. 32.

26 Ibidem.

27 Idem, p. 41

28 Idem, p. 42

especializados para atender a vítimas deste tipo de crimes, e v) **o exame médico se concentrou em um exame físico e ginecológico, não foi pormenorizado e, por outro lado, não incluiu nenhuma consideração sobre aspectos psicológicos**; além disso, apesar de que transcorreram mais de oito anos desde que ocorreram os fatos, ainda se encontra pendente a realização do laudo psicológico da suposta vítima. As omissões e deficiências técnicas continuaram, posteriormente, por parte dos peritos estatais, os quais não observaram a metodologia de investigação científica aplicável a amostras de sêmen como indício biológico do crime, nem previram a necessidade de obter exames de DNA [...] causaram a destruição das amostras tomadas da cavidade vaginal da vítima, uma prova básica e fundamental, refletindo-se com isso uma falta de apreço às mulheres em relação a crimes de estupro e a falta de priorização desses crimes nas instâncias de aplicação de justiça²⁹

A Comissão sustentou que os obstáculos enfrentados por Ortega foram resultado de uma combinação de discriminações, o que era observado não somente em relação à Ortega, mas a outras mulheres indígenas, pelo fato de serem mulheres, de serem indígenas e de serem pobres³⁰.

Por outro lado, a esse respeito, o Estado sustentou que

colocou em funcionamento um esquema de colaboração com perspectiva de gênero entre diversas autoridades ministeriais” para “apoiar as diligências [do] [M]inistério [P]úblico do estado de Guerrero” e com o objetivo de “evitar [a] revitimização e atender [o] pedido [da senhora Fernández Ortega] de envolver a Procuradoria Geral da República nas investigações³¹.

4. A RESPOSTA DA CORTE INTERAMERICANA

A Corte ressaltou que, em razão da natureza do crime, não se espera a existência de provas gráficas ou documentais. Essa constatação enseja o reconhecimento de que a declaração da vítima constitui uma prova fundamental do fato.

Esclareceu que, ainda que estejam presentes algumas divergências entre os depoimentos prestados pela vítima, entre os anos de 2002 e 2010, não há nenhuma mudança sobre aspecto relevante que conduza ao entendimento da inoccorrência do crime. Observou, ainda, que a vítima fala me’paa e não espanhol e precisou contar com a assistência de pessoas que não eram intérpretes oficiais para a tradução de seu discurso. Ademais, apesar de ter assinado as declarações escritas, essas estavam em espanhol, o que justifica algumas imprecisões³².

A Corte afirma que as diferenças na declaração quanto, unicamente, ao fato da vítima ter sido estuprada por três ou um homem, é uma “discrepância apenas aparente e não diminui a credibilidade do declarado”³³. A propósito, a declaração que gerou dúvida é a seguinte: “os que me estupraram são elementos do Exército mexicano” e “os vi de perto, principalmente o que me

29 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega e outros vs. México: sentença de 30 de agosto de 2010, p. 61.

30 Idem, p. 62

31 Idem, p. 69

32 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega e outros vs. México: sentença de 30 de agosto de 2010, p. 34

33 Idem.

estuprou, porque esteve em cima de mim”, numa mesma declaração³⁴.

Outrossim, a Corte entendeu que não haviam elementos que afetassem a credibilidade das declarações da vítima:

A suposta vítima é uma mulher indígena, que vivia em uma região montanhosa isolada, que teve de caminhar várias horas para interpor uma denúncia sobre um estupro diante das autoridades de saúde e do Ministério Público que não falavam seu idioma e que, provavelmente, teria repercussões negativas em seu meio social e cultural, entre outras, e um possível rechaço de sua comunidade. Além disso, denunciou e perseverou em sua reivindicação, sabendo que na região onde vive continuava a presença de militares, alguns dos quais ela estava acusando penalmente pelo cometimento de um crime grave. 108. Em resumo, a Corte conclui que dos diferentes relatos da senhora Fernández Ortega se observam, de maneira consistente, os seguintes fatos: i) no dia 22 de março de 2002 se encontrava em sua casa com seus quatro filhos; ii) aproximadamente às três horas da tarde, três membros armados do Exército entraram em sua casa sem seu consentimento, enquanto outros militares permaneciam no exterior do domicílio; iii) as pessoas que ingressaram lhe apontaram armas, solicitando certa informação sobre a qual não obtiveram resposta, e iv) nesse contexto de forte coerção, sozinha e rodeada de três militares armados, foi obrigada a se deitar no chão e, enquanto um dos militares a estuprava, os outros dois observavam a execução do estupro³⁵.

Ainda que a Corte reconheça que as provas apresentadas pelo representante e apontadas pela Comissão sejam suficientes para afirmar a ocorrência do crime e a responsabilidade do Estado, acrescenta que a prova decorrente das amostras seria essencial para identificar o DNA dos autores e comprovar com exatidão a autoria. Concomitantemente, considera que

o Estado não pode se justificar com base, exclusivamente, no desconhecimento de se o estupro existiu e de sua autoria, quando isso é consequência de seus próprios erros ou falhas, ao destruir uma prova que estava sob sua custódia. Concluir o contrário implicaria permitir ao Estado se amparar na negligência e inefetividade da investigação criminal para se subtrair de sua responsabilidade pela violação de direitos reconhecidos pela Convenção Americana³⁶

Por tudo isso, concluiu como provado que Fernández Ortega foi vítima de um estupro, cometido por um militar, na presença de outros dois.

A respeito da violação ao direito à integridade pessoal, a Corte entendeu que a ofensa estava caracterizada pelo tratamento recebido ao interpor a denúncia perante as autoridades, desatacando o sentimento de profundo temor pela presença do militares e a impotência diante da injustiça no tratamento do seu caso³⁷.

Sobre a criação do grupo interdisciplinar com perspectiva de gênero, a Corte apreciou a proposta do Estado, mas salientou que a intervenção positiva somente ocorreu por um compromisso perante a Comissão no ano de 2007, o que não impede o reconhecimento das violações perpetradas durante o processo desde o cometimento do crime³⁸.

34 Ibidem.

35 Ibidem.

36 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega e outros vs. México: sentença de 30 de agosto de 2010, p. 38

37 Idem, p. 43

38 Idem, p. 70.

5. A INJUSTIÇA EPISTÊMICA NO CASO

Do resumo apresentado anteriormente, infere-se a caracterização da injustiça epistêmica no decorrer de todo o processo perante as autoridades policial e judicial no Estado. Destacam-se pelo menos dois momentos em que essa injustiça é evidenciada.

A primeira ocasião de injustiça compreende a primeira tentativa de denúncia feita pela vítima. Nessa oportunidade, ao saber, conforme o relato de Ortega, que os autores indicados eram militares, a autoridade não quis receber a denúncia.

Houve uma super valoração da posição dos autores pela condição que ocupavam, ao passo que à vítima foram impostos muitos outros obstáculos, fora a barreira natural da língua. De plano, em razão da posição de poder que se encontravam os acusados e da posição étnica e social da vítima, ainda que o primeiro não tenha sido ouvido, fora mais fácil dar credibilidade à inocência e presunção de idoneidade aos acusados do que à Ortega.

Parecem múltiplos os fatores, mas todos eles relacionados à identidade da vítima e a dos acusados, que fizeram com que o relato da primeira fosse descredibilizado, evidenciando a caracterização da injustiça epistêmica.

A falta de credibilidade dada à vítima não se expressou somente em um descrédito de seu depoimento em benefício de eventual depoimento dos seus algozes, mas no modo como as investigações foram conduzidas, sendo essa um segundo momento de identificação da injustiça epistêmica no caso.

A atitude compatível ao reconhecimento da credibilidade devida ao relato da vítima como sujeito epistêmico seria a de conduzir com diligência e efetividade às investigações desde o primeiro momento da denúncia. Dessa forma, não teria sido perdida, por exemplo, a amostra colhida em exame ginecológico de Ortega, prova essencial para a identificação dos autores.

As análises à época da investigação, como visto, não foram realizadas de maneira rigorosa, por profissionais competentes e através dos procedimentos mais apropriados, conforme entendeu a própria Corte³⁹.

A resposta da Corte, ante o reconhecimento dessas violações, impactou não somente o caso específico, mas resultou em contribuições relevantes ao grupo potencialmente afetado. Por oportuno, a Corte ofereceu parâmetros para uma adequada investigação criminal por estupro, estabelecendo que:

- i) a declaração da vítima seja realizada em um ambiente cômodo e seguro, que lhe conceda privacidade e confiança; ii) a declaração da vítima seja registrada de forma tal que se evite

39 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega e outros vs. México: sentença de 30 de agosto de 2010, p. 64

ou limite a necessidade de sua repetição; iii) seja oferecido atendimento médico, sanitário e psicológico à vítima, tanto de emergência como de forma contínua se assim for requerido, por meio de um protocolo de atendimento cujo objetivo seja reduzir as consequências do estupro; iv) seja realizado imediatamente um exame médico e psicológico completo e detalhado por pessoal idôneo e capacitado, preferivelmente do sexo que a vítima indique, oferecendo-lhe que seja acompanhada por alguém de sua confiança, se assim o desejar; v) sejam documentados e coordenados os atos investigativos e manejada diligentemente a prova, tomando amostras suficientes, realizando estudos para determinar a possível autoria do fato, assegurando outras provas como a roupa da vítima, investigando de forma imediata o lugar dos fatos e garantindo a correta cadeia de custódia, e vi) seja oferecido acesso à assistência jurídica gratuita à vítima durante todas as etapas do processo⁴⁰.

A Corte, por fim, condenou o Estado pela violação dos direitos à integridade pessoal, à dignidade e à vida privada não somente em relação à Fernández, mas a seus filhos e alguns familiares, além de violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial.

Por conseguinte, estabeleceu algumas medidas de satisfação, reabilitação e garantias de não repetição. Dispôs, em resumo, que o Estado: i) conduzisse, no foro ordinário, de maneira eficaz e dentro de um prazo razoável a investigação e o processo criminal a fim de determinar as responsabilidades e aplicar as sanções cabíveis; ii) examinasse o fato e a conduta do agente do Ministério Público que dificultou a recepção da denúncia; iii) adotasse, em prazo razoável, reformas legislativas pertinentes ao tema, em conformidade as disposições convencionais; iv) realizasse ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos do caso; v) realizasse as publicações ordenadas na sentença; continuasse com o processo de padronização do protocolo de atuação, federal e em Guerrero, sobre a atenção e investigação de violências sexuais, conforme o Protocolo de Istambul e as Diretrizes da Organização Mundial da Saúde; vi) continuasse a implementação de programas e cursos permanentes de capacitação sobre investigação diligente em casos de violência sexual contra mulheres, incluindo uma perspectiva de gênero e étnica; vii) implementasse, em prazo razoável, programa ou curso permanente e obrigatório de capacitação e formação em direitos humanos aos membros das Forças Armadas; viii) concedesse bolsas de estudos em instituições públicas mexicanas em benefício dos filhos da vítima; ix) facilitasse os recursos necessários para que a comunidade indígena estabelecesse um centro comunitário no qual fossem desenvolvidas atividades educativas em direitos humanos e da mulher; x) adotasse medidas em favor das crianças da comunidade relacionadas a alojamento, educação e alimentação, xi) assegurasse os serviços de atendimentos às mulheres vítimas de violência sexual, através de recursos material e pessoais; xii) pagasse às quantias fixadas na sentença a título de dano material e imaterial, além do reembolso de custas e gastos processuais⁴¹.

40 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega e outros vs. México: sentença de 30 de agosto de 2010, p. 65

41 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega e outros vs. México: sentença de 30 de agosto de 2010, p. 96.

6. CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a investigação e o processo criminal, dentro e fora do Estado mexicano, foram extremamente custosos para a vítima. Para além das barreiras temporais, ela foi obrigada a transpor outras tantas que não seriam necessárias se efetivamente lhe fossem garantidos os direitos convencionais de um processo penal.

Não obstante a ausência de menção ao termo literal “injustiça epistêmica” na sentença, é possível perceber o enfretamento do tema pela Corte no caso analisado, ainda que em outros termos. Depara-se com uma resposta da Corte Interamericana ao conceituado por Miranda Fricker e desenvolvido por outros autores, como Jennifer Lackey.

A questão em debate no Caso Ortega vs. México, embora não compreenda comparação de depoimentos entre vítima e acusado, como comumente se observa nos contextos de prisões justificadas apenas em depoimentos policiais, está imersa na grande questão da credibilidade, pano de fundo do conceito mencionado.

Como visto, a Corte reconheceu, acolhendo os argumentos da Comissão e dos representantes da vítima, que foi dado a ela um tratamento diferente. E por qual razão isso ocorreu?

A Corte entendeu, ao menos quando se referiu à violação à integridade pessoal da vítima, que lhe foi dada menos credibilidade por razões identitárias, sobretudo pelo fato de ser mulher indígena. Por outro lado, recebeu maior credibilidade a narrativa de defesa dos acusados - a despeito de sequer estarem representados -, o que influenciou a condução do procedimento investigatório, fazendo com que ficassem ausentes a diligência e a eficácia.

A Corte, ao contrário do posicionamento das autoridades mexicanas, reconheceu que não haveriam motivos concretos que fundamentassem o descrédito da narrativa suscitada pela vítima, reforçando o seu direito de acesso à justiça, à prova, a influenciar no convencimento de um futuro julgador. Nem mesmo as diferenças entre as declarações prestadas pela vítima ao longo do processo seriam razões, para a Corte, capazes de desacreditar o seu relato.

Por tudo isso, é possível identificar que, no caso, a resposta dada pela Corte Interamericana em face da injustiça epistêmica vivenciada por Fernández Ortega foi combativa. A Corte estabeleceu medidas pelas quais o Estado efetivamente reparasse as marcas dessa injustiça, não somente por prestação pecuniária, mas pela efetiva prestação judicial, sobretudo determinando que fossem conduzidos investigação e processo de acordo com as garantias convencionais, a fim de que os ofensores fossem finalmente responsabilizados, devolvendo o crédito devido à narrativa da vítima. Vê-se que a Corte levou em consideração elementos concretos do contexto dos fatos para observar, inclusive, que a narrativa denunciada pela vítima era credível.

O posicionamento firme da Corte em combate a injustiça epistêmica e às formas de discriminação em geral apontam para uma resposta que pode ser adotada, em primeiro lugar, pelos Estados signatários das convenções e tratados interamericanos sobre direitos humanos, mas que pode ser aproveitado a todos os cenários em que se observar tal injustiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega e outros vs. México: sentença de 30 de agosto de 2010 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). Tradução oficial. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/1ca33df39cf74bbb341c4784e83bd231.pdf>.

Acesso em: 31 maio 2025.

PÁEZ, Andrés; MATIDA, Janaina. Editorial do dossiê “Injustiça epistêmica nos contextos penal e processual penal”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-38, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.821>. Acesso em: 27 maio 2025.

PORTO, Matheus Macedo Lima. Enfrentando Injustiças Epistêmicas: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a abordagem dos estereótipos interseccionais. 2024. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2024.

LEITE, Sara R. O.; BAHIA, Claudio J. A. O erro judiciário e a injustiça epistêmica no reconhecimento de pessoas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 1003-1034, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.815>

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power & the Ethics of Knowing*. Nova Iorque: Oxford, 2007

LACKEY, Jennifer. Credibility and the Distribution of Epistemic Goods. In: MCCAIN, Kevin (org.). *Believing in Accordance with the Evidence*. v. 398. Cham: Springer, 2018. p. 145-168. https://doi.org/10.1007/978-3-319-95993-1_10.

O IMPACTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Fernanda de Matos Lima MADRID¹
Isabelle Tosta dos ANJOS²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a descriminalização das drogas como estratégia de enfrentamento ao crime organizado no Brasil. Inicialmente, apresenta-se a evolução histórica das políticas de drogas, destacando a adoção de um modelo repressivo e seletivo que contribuiu para o encarceramento em massa. O estudo examina criticamente a Lei nº 11.343/2006 e suas fragilidades na distinção entre usuário e traficante, que frequentemente resultam em uma aplicação discriminatória. Analisa-se também a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 635.659, que declarou a inconstitucionalidade da criminalização do porte da *Cannabis sativa* para uso pessoal e estabeleceu critérios objetivos para diferenciar usuários de traficantes. Além disso, o artigo explora experiências internacionais, com destaque para o modelo português, como alternativas ao paradigma punitivo. Argumenta-se que a descriminalização, quando aliada à regulamentação estatal e a políticas públicas de saúde, tem o potencial de enfraquecer organizações criminosas ao retirar seu controle sobre o mercado ilícito de drogas. A metodologia adotada é de natureza dedutiva, por meio de pesquisa bibliográfica. Conclui-se que o atual modelo proibicionista fortalece o crime organizado e que a transição para uma política de drogas mais humana e baseada em evidências é essencial para reduzir a violência e promover justiça social.

PALAVRAS-CHAVE: Descriminalização das Drogas. Crime Organizado. Política de Drogas.

ABSTRACT

This article aims to analyze the decriminalization of drugs as a strategy to combat organized crime in Brazil. It begins by presenting the historical evolution of drug policies, highlighting the adoption of a repressive and selective approach that contributed to mass incarceration. The study critically examines Law nº 11.343/2006 and its shortcomings in distinguishing between users and traffickers, which often results in discriminatory enforcement. The article also analyzes the recent ruling of the Brazilian Federal Supreme Court in RE 635.659, which declared the unconstitutionality of criminalizing the possession of *Cannabis sativa* for personal use and established objective criteria to differentiate users from traffickers. In addition, it explores international experiences, notably the Portuguese model, as alternatives to the punitive approach. The article argues that decriminalization, when combined with state regulation and public health policies, has the potential to weaken criminal organizations by removing their control over the illicit drug market. The methodology adopted is of a deductive nature, through bibliographic research. The conclusion highlights that the current prohibitionist model in Brazil strengthens organized crime, and that shifting to a more humane and evidence-based drug policy is essential to reduce violence and promote social justice.

KEY-WORDS: Drug Decriminalization. Organized Crime. Drug Policy.

1 Doutora pela Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina e Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. É docente no curso de Direito do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente, no curso de direito da FAI Adamantina e advogada criminalista. E-mail: fernadamlmadrid@gmail.com

2 Atualmente, é graduanda do curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo foi analisar quais são os impactos da descriminalização de drogas no combate ao crime organizado. A Lei nº 11.343/2006, conhecida como a Lei de Drogas, buscou transformar a abordagem repressiva anterior, despenalizando o porte de substâncias ilícitas para consumo pessoal e priorizando medidas alternativas. No entanto, apesar de avanços significativos, a aplicação da lei revela desafios, principalmente no que tange à distinção entre usuário e traficante, o que tem gerado interpretações subjetivas e, muitas vezes, seletivas, refletindo desigualdades raciais e sociais.

Atualmente o Brasil conta com a terceira maior população prisional do mundo, a partir desse cenário torna-se relevante analisar a relação da lei de drogas com o encarceramento em massa. O advento da Lei n.º 11.343/06 evidenciou a fragilidade do critério de distinção entre usuário e traficante, ante a ausência de parâmetros objetivos, permitindo a discricionariedade de autoridades públicas, contribuindo para a manutenção de práticas repressivas que, num contexto de desigualdade econômica e social, recaem sobre a população negra e pobre, desvirtuando-se do verdadeiro foco da repressão, o tráfico de drogas.

Representando um marco na política criminal brasileira, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização do porte de maconha para uso pessoal, bem assim estabeleceu critérios objetivos visando mitigar as lacunas da Lei de Drogas. Nesse contexto, torna-se factível considerar a descriminalização como uma alternativa no combate ao crime organizado no Brasil.

Da interrelação entre o crime organizado e o mercado ilegal de drogas depreende-se que as organizações criminosas não apenas controlam o comércio de drogas em larga escala, como impõem controle territorial e social em diversas regiões do país. Portanto, visa-se analisar como a reforma da política de drogas, ao retirar dessas facções o monopólio do mercado de entorpecentes, seja pela descriminalização do uso, seja pela eventual regulamentação estatal da produção e distribuição, interfere no fortalecimento ou enfraquecimento das organizações criminosas.

O método utilizado para a elaboração desse trabalho foi o dedutivo, para tanto foi adotada uma pesquisa de natureza bibliográfica consistente na revisão e análise de literatura existente sobre o tema, selecionados trabalhos de grande relevância acerca da problemática.

2 A POLÍTICA CRIMINAL SOBRE DROGAS NO BRASIL E O ADVENTO DA LEI N.º 11.343/2006

O combate às drogas é um desafio global que perdura há séculos (UNODC, 2010, p. 8).

Nesse cenário, torna-se relevante, inicialmente, delimitar claramente a abrangência do conceito “drogas”. De acordo com a Organização Mundial da Saúde, o termo droga refere-se a qualquer entidade química ou mistura de entidades que altere a função biológica e possivelmente a estrutura do organismo (OMS, 1981).

No Brasil, a Lei n.º 11.343/2006, conhecida Lei de Drogas, estabelece que:

Art. 1º Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Nesse sentido, é unânime o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da classificação de substâncias como droga:

Inicialmente, emerge a necessidade de se analisar o preceito contido no parágrafo único do art. 1º da Lei de Drogas, segundo o qual ‘consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União’. Em acréscimo, estabelece o art. 66 da Lei de Drogas que, ‘Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998’. Verifica-se, assim, que, sistematicamente, por uma opção legislativa, o art. 66 ampliou o universo de incidência dos comandos proibitivos penais. Portanto, a definição do que sejam ‘drogas’, capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei n. 11.343/2006, advém da Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Nesse contexto, por ser constituída de um conceito técnico-jurídico, só será considerada droga o que a lei (em sentido amplo) assim o reconhecer. Desse modo, mesmo que determinada substância cause dependência física ou psíquica, se ela não estiver prevista no rol das substâncias legalmente proibidas, ela não será tratada como droga para fins de incidência da Lei n. 11.343/2006 (REsp 1.444.537/RS, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 12.04.2016, noticiado no Informativo 582)

Portanto, entende-se por drogas as substâncias que causem dependência física ou psíquica descritas na Portaria n.º 344/98, atualizada periodicamente pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

No entanto, a compreensão sobre o impacto dessas substâncias vai além de sua definição técnica. O neurocientista Carl Hart (2013, p. 247) questiona as concepções tradicionais ao argumentar que os efeitos das drogas no comportamento humano não são necessariamente tão uniformes ou prejudiciais como frequentemente se pensa. Segundo este entendimento, em muitos casos, o uso de substâncias como a maconha ou a cocaína não leva à dependência e que as consequências negativas associadas a essas substâncias estão, na maioria das vezes, mais relacionadas às políticas de criminalização e ao estigma social do que ao uso em si. Essa perspectiva aponta para a necessidade de uma análise crítica das políticas públicas adotadas ao longo do tempo, com foco nas implicações dessas políticas para a sociedade e o sistema de justiça.

Isto posto, faz-se necessária uma análise acerca da evolução da atuação do Estado brasileiro frente ao uso e tráfico de substâncias ilícitas, identificando as políticas implementadas

pelo Poder Público ao longo das décadas, a fim de compreender o desenvolvimento da política de criminalização de drogas no Brasil e os impactos desta na sociedade e no sistema de justiça penal.

Assim, far-se-á uma análise histórica da política de criminalização de drogas no Brasil, abordando as transformações legislativas desde os primeiros marcos legais até o advento da Lei n.º 11.343/2006.

2.1 Política de Criminalização de Drogas no Brasil

Dentro do contexto das Ciências Criminais, a política criminal se caracteriza por ser o elo entre a ciência e a realidade. Por um lado, fundamenta-se nos conhecimentos objetivos do delito; por outro, busca, como uma forma de política, estabelecer determinadas ideias ou interesses, desenvolvendo estratégias eficazes para o enfrentamento do delito (Roxin, 1997, p. 203-206).

A política de criminalização das drogas pode ser compreendida como o conjunto de leis, normas e práticas adotadas pelo Estado, que, valendo-se dos aportes proporcionados pela dogmática penal, tem como objetivo proibir o uso, a posse, a produção e o tráfico de substâncias psicoativas consideradas ilícitas.

Assim, a política criminal, enquanto instrumento de controle, muitas vezes adota uma abordagem proibicionista, em que a criminalização de certos comportamentos, como o uso de drogas, visa não apenas a prevenção do crime, mas também o controle social de populações e comportamentos tidos como desviantes. Nesse sentido, ao longo dos séculos, a criminalização do uso de substâncias psicoativas se consolidou como uma das formas mais recorrentes de controle social, representando uma das principais estratégias adotadas pelos Estados para lidar com as questões relacionadas ao consumo de substâncias psicoativas. (Ribeiro, 2013, p. 22-27).

Em oposição aos demais modelos alternativos, é implementado o modelo proibicionista, vertente da política criminal repressiva, é uma abordagem que busca coibir a proibição do uso e da venda de substâncias consideradas “ilícitas”, visando garantir a ordem social por meio de políticas de endurecimento das penas.

O proibicionismo possui dois pilares: o fundamento moral e o fundamento sanitário-social. Baseado no fundamento moral, o proibicionismo adota como parâmetro a moral protestante do século XIX, que valoriza a abstinência como um ideal de virtude e idealiza a figura de um homem modelo, religioso, abstinência e livre de vícios (Caballero, 2000, p. 96). Por sua vez, o discurso sanitário-social fundamenta-se na concepção de que o uso de substâncias psicoativas representa uma ameaça à saúde pública e à ordem social, associando o consumo de drogas ao aumento da criminalidade, à degradação dos valores morais e ao enfraquecimento das estruturas familiares, defendendo, portanto, a repressão como uma estratégia legítima de proteção coletiva e manutenção

do bem-estar social.

Para uma melhor compreensão da política criminal adotada pelo Brasil, fortemente influenciada por fundamentos morais e sanitário-sociais, faz-se necessária a análise da evolução histórica da legislação brasileira sobre drogas.

2.1.1 A Evolução Histórica da Legislação de Drogas no Brasil

A primeira regulamentação sobre o uso de substâncias no Brasil remonta às Ordenações Filipinas, que dispunham, no Quinto Livro, em seu Título LXXXIX “Ninguém tenha em sua caza rosagar, nem o venda, nem outro material venenoso”. Tal disposição proibia tanto o comércio quanto o uso de substâncias como rosagar ou outro material venoso, sob pena de “perda de sua fazenda e degradação para a África”, evidenciando a preocupação com os riscos à saúde e o rigor das punições. (Rodrigues, 2006, p. 136)

O Código Criminal do Império de 1830, por sua vez, não tratou do tema. No entanto, o Decreto n.º 828, 29 de setembro de 1851, representou um avanço no controle, ao regulamentar, no capítulo VII, a venda dos medicamentos e quaisquer substâncias medicinais.

Com a crescente preocupação em proteger a saúde pública e controlar substâncias potencialmente prejudiciais à população, somado ao compromisso assumido pelo Brasil na Convenção de Haia sobre o Ópio de 1912, foi promulgado o Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921. Esse decreto estabeleceu penalidades para aqueles que praticassem a venda de cocaína, ópio, morfina e seus derivados, marcando a primeira vez em que a legislação brasileira fez referência direta a substâncias entorpecentes, até então tratadas de forma genérica como "substâncias venenosas".

Posteriormente, em 1932, foi editado o Decreto n.º 20.930, de 11 de janeiro de 1932, o qual estabeleceu o rol das substâncias consideradas como tóxicas de natureza entorpecente, criminalizando, somente então, a posse ilícita das drogas.

A edição do Decreto n.º 780, de 28 de abril de 1936, modificado pelo Decreto 2.953/1938, ao criar a Comissão Permanente de Fiscalização de Entorpecentes, somada ao Decreto n.º 891/1938, inspirado na 2ª Convenção de Genebra de 1936 e que aprovou a Lei de Fiscalização de Entorpecentes, simboliza o surgimento da política criminal de drogas no Brasil, haja vista a criação de modelos punitivos autônomos. (Carvalho, 2016, p. 56)

Em 1940, sobrevém o Código Penal instituído pelo Decreto-Lei n.º 2.848/40, revogando os dispositivos penais vigentes relacionados ao tema, e prevê em seu artigo 281 o comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, punindo exclusivamente o comerciante, em decorrência do entendimento dado pelo Supremo Tribunal

Federal pela não abrangência dos consumidores.

O golpe militar de 1964 viabilizou o surgimento do modelo bélico de política criminal, rompendo com o até então modelo sanitário (Batista, 1998, p. 84). Esse período, marcado por intensa turbulência, foi caracterizado pela imposição de uma ideologia de segurança nacional, favorecendo o aumento da repressão. Neste mesmo ano, foi promulgada no Brasil a Convenção Única de Entorpecentes de 1961, estipulando de forma mais completa o rol de substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, representando o aumento da repressão política da época.

A edição do Decreto-Lei n.º 385/68 alterou substancialmente o rumo da política criminal de drogas no Brasil, em desacordo com o direcionamento estabelecido internacionalmente, este decreto alterou o art. 281 do Código Penal passando a equiparar o consumidor penalizando-o igualmente ao traficante. Conforme observou Menna Barreto (2010, p. 29) “o legislador brasileiro optou pela medida drástica de identificar, na mesma categoria, todos os envolvidos com tóxicos, independentemente do grau de sua participação”.

O referido dispositivo torna a ser alvo de reformas pela lei n.º 5.726, de 29 de outubro de 1971, que, possuindo um viés menos repressivo, alinhando-se às orientações internacionais, dispôs sobre medidas preventivas ao tráfico, estipulou medidas destinadas a recuperação dos denominados “viciados”, acrescentou ao artigo 281 do Código Penal a previsão de equiparação daqueles que adquirissem substância entorpecente àqueles que praticassem do tráfico ilícito, bem como a forma qualificada se as condutas listadas se dessem nas imediações de estabelecimentos relacionados à educação, saúde e cultura.

Com efeito, a ênfase da Lei n.º 5.726/71 na prevenção, por meio da educação, e da reparação, por meio da recuperação dos infratores viciados é clarividente na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 185/1971, o qual sustentava o combate à toxicomania por planos nacionais educativos, coordenados pelo Governo Federal. Em decorrência desta alteração legislativa, o dependente não mais era considerado como criminoso, no entanto, essa nova legislação ainda identificava o usuário ao traficante, de modo que ainda possuíam o mesmo apenamento (Carvalho, 2016, p. 63).

A Lei nº 5.726/1971 já indicava um avanço no endurecimento das políticas de controle sobre as substâncias entorpecentes. Todavia, é com a promulgação da Lei nº 6.368/1976 que se consolida, de forma mais explícita, o paradigma repressivo na política criminal brasileira. Tal paradigma permaneceria dominante até o advento da Lei nº 11.343/2006, que, embora traga algumas mudanças relevantes, mantém certos traços punitivistas herdados do modelo anterior.

2.1.2 A Consolidação do Paradigma Repressivo com A Lei Nº 6.368/76

Durante o período do regime ditatorial no país, diante do cenário de tráfico de drogas que assolava o país, é promulgada a Lei n. 6.368/1976. Embora esta tenha sido apresentada sob o viés de uma política preventiva, sua estrutura revela a consolidação de um modelo repressivo de natureza autoritária, instaurando-se uma maximização da criminalização e repressão na política proibicionista no Brasil (Aires, 2020, p. 7).

A diferenciação formal entre porte e tráfico de drogas não impediu o avanço da lógica proibicionista, que passou a operar com maior intensidade. Essa abordagem reforçou estigmas sociais e instituiu práticas de controle, como a imposição do tratamento compulsório para usuários, sob o argumento da sua periculosidade, e a intensificação da punição ao traficante, visto como inimigo interno. A ausência de mecanismos eficazes para lidar com condutas de menor gravidade favoreceu a aplicação indiscriminada de penas severas, criando condições para o nascimento do discurso jurídico-político (Carvalho, 2016, p. 68-69).

A Lei n.º 6.368/76 tem como pressupostos fundamentais: i) o combate ao uso e o tráfico de substâncias entorpecentes deve se dar de maneira preventiva e repressiva já que representam perigo abstrato à saúde pública; ii) o combate às drogas tem como fundamentos ideológico um apelo eugênico-moralista à luta do bem contra o mal (Moraes, 1997, p. 7).

Embora o primeiro capítulo da Lei n.º 6.368/76 trate da prevenção, a maioria de seus dispositivos optem por uma política repressora. Ademais, as considerações de Menna Barreto, membro da comissão redatora do projeto da lei, revelam a preocupação de prevalência da eficácia da repressão sobre a prevenção, bem assim a dicotomização entre usuário/dependente e traficante, disciplinando sanções e medidas autônomas aos sujeitos criminalizados (Rodrigues, 2006, p. 147).

Por sua vez, o segundo capítulo da Lei regula o tratamento dos dependentes, adotando a lógica sanitaria. O artigo 10 prevê a internação hospitalar obrigatória quando o quadro clínico do dependente assim exigir, cabendo ao Estado oferecer os meios médicos necessários. No entanto, a imposição do tratamento obrigatório como forma de penalidade, corrobora com a constatação de Menna Barreto, na qual destaca que o discurso eugênico sustentado por psiquiatras desempenhou um papel fundamental para a criminalização das drogas.

O terceiro capítulo da Lei trata dos tipos penais e das sanções correspondentes. O artigo 12, em especial, estabelece um considerável aumento das penas, reclusão de 3 a 15 anos, evidenciando o endurecimento da repressão estatal.

2.1.3 A Tensão Entre Garantismo e Repressão: Da Constituição de 1988 À Nova Lei de Drogas

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil ingressou em um novo

marco normativo, pautado na valorização dos direitos e garantias fundamentais, no fortalecimento do Estado Democrático de Direito e na limitação do poder punitivo estatal, simbolizando o retorno da democracia. No entanto, esse movimento garantista não impediu o avanço de políticas penais cada vez mais repressivas, como evidenciado pela inclusão constitucional do conceito de crime hediondo, no mesmo capítulo dos direitos e garantias fundamentais, e ainda, a edição da Lei nº 8.072/90, que incluiu o tráfico de drogas no rol dos crimes hediondos, conferindo-lhe tratamento mais severo.

Essa escolha legislativa representa uma inflexão no espírito garantista da Constituição, consolidando um direito penal simbólico que, ao invés de conter o encarceramento em massa, o impulsionou. O recrudesimento da resposta penal foi justificado pela periculosidade do crime e sua suposta ligação com o crime organizado, o que reforçou a marginalização de sujeitos já historicamente vulnerabilizados (Rodrigues, 2006, p. 157)

Neste contexto de endurecimento das penas, a Lei dos Crimes Hediondos de 1990, equiparou o tráfico ilícito de entorpecentes àqueles considerados mais graves. Os efeitos foram além do que a Constituição Federal previa, impactando diretamente o processo penal e o sistema penitenciário, já que o artigo 12 da Lei de Tóxicos vigente faria com que o acusado, uma vez rotulado formalmente como traficante, passasse a incorrer nas mazelas atribuídas aos crimes hediondos.

Cenário que somente se alteraria quinze anos, quando a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal começaria a alterar seu posicionamento, de modo a possibilitar a substituição da pena de tráfico por penas alternativas, conforme decidido pela Primeira Turma no Habeas Corpus n.º 84.928/MG, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgado em 27.09.2005.

Portanto, relativamente a política de drogas no Brasil até o final do século XX consolidou-se em torno de um modelo fortemente repressivo, marcado pelo endurecimento penal para crimes classificados como hediondos, especialmente o tráfico de entorpecentes. Enquanto isso, as iniciativas de despenalização restringiram-se às condutas consideradas menos graves, como o porte para uso pessoal, sem que houvesse um debate público profundo sobre os rumos da política criminal. Essa lógica punitiva e seletiva abriu caminho para os desafios que se colocariam com o advento da Lei nº 11.343/2006 (Rodrigues, 2006, p. 252).

2.2 O Advento da Lei n.º 11.343/2006

No início do século XXI, a política criminal de drogas no Brasil toma novos rumos com a admissão oficial de políticas de redução de danos. A Lei n.º 11.343 de 2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – SISNAD, que, como prevê o artigo 3º da referida Lei, tem por

objetivos “articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem assim a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas”.

Em outubro de 2005, com a Resolução n.º 3 do CONAD, órgão superior permanente do SISNAD, é aprovada a Política Nacional sobre Drogas. Essa resolução estabeleceu diretrizes fundamentais para a Política Nacional sobre Drogas, promovendo uma abordagem integrada e intersetorial no enfrentamento do problema das drogas. O plano estruturou-se em 5 principais eixos: i) prevenção, ii) tratamento, recuperação e reinserção social, iii) redução dos danos sociais e à saúde, iv) redução da oferta, v) estudos, pesquisas e avaliações (Brasil, 2005, p. 10).

Outro aspecto central da Resolução n.º 3/2005 foi a ênfase na prevenção e na reintegração social dos usuários, princípios que se refletiram na nova legislação, especialmente nas disposições que preveem medidas educativas e de atenção psicossocial como alternativas à criminalização do usuário. Ainda que a Portaria n.º 1.028 já previsse diretrizes para ações de redução de danos, a Resolução ampliou seu escopo, estendendo sua aplicação tanto às drogas lícitas quanto às ilícitas, sinalizando uma mudança na compreensão das políticas públicas sobre drogas.

Embora a resolução tenha mencionado de forma preliminar a importância dessas estratégias, a abordagem da redução de danos ganhou espaço mais definido na Lei n.º 11.343/2006, que, mesmo de forma limitada, passou a reconhecer a necessidade de políticas menos punitivas e mais voltadas ao cuidado e à reabilitação. Tal orientação dialoga diretamente com o artigo 196 da Constituição Federal, que estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado, legitimando a intervenção estatal por meio de ações preventivas, assistenciais e educativas no campo das drogas (Rodrigues, 2006, p. 172).

Além disso, a Resolução também enfatizou a importância de distinguir o usuário de drogas do traficante, um conceito que permeou a redação da Lei n.º 11.343/2006. A legislação, embora com falhas na implementação prática, buscou estabelecer essa distinção ao tratar o usuário com uma abordagem mais voltada para o tratamento e a recuperação, em contraste com as severas penas aplicadas aos traficantes.

Entretanto, apesar das inovações propostas, a nova legislação ainda se mostra fortemente marcada pela lógica repressiva que predominava nas normas anteriores. Isso se evidencia na permanência de instrumentos penais de controle, como penas restritivas de direitos e medidas de segurança sem delimitação clara, que continuam exercendo função moralizadora e disciplinadora, dificultando o avanço de políticas públicas mais eficazes e humanizadas.

Ademais, não foram sequer criadas as estruturas mínimas para a implementação das medidas previstas, não havendo condições humanas e materiais das polícias para o enfrentamento

do narcotraficante, assim como instituições públicas, privadas ou filantrópicas para o tratamento dos dependentes. Por fim, a utilização de normas penais vagas e em branco, o uso de qualificações genéricas típicas do expansionismo penal, e a previsão de inúmeros verbos nas tipificações, mantiveram a falta de clareza na diferenciação entre a conduta do usuário e do traficante, permitindo que a precariedade na definição consentisse a uma margem discricionária no momento de sua aplicação (Aires, 2020, p. 8).

Diante do contexto histórico e normativo que culminou na promulgação da Lei nº 11.343/2006, percebe-se que, embora essa legislação tenha representado um avanço em relação à política criminal anterior, ao incorporar princípios de prevenção, atenção psicossocial e diferenciação entre usuário e traficante, ainda persistem contradições quanto à efetiva descriminalização do uso de drogas.

Essa ambiguidade normativa e interpretativa tem gerado intensos debates jurídicos, sociais e políticos sobre os limites e as possibilidades de uma abordagem menos repressiva. Assim, torna-se necessário analisar de forma mais aprofundada a temática da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, considerando os seus fundamentos, impactos e os desafios que ainda se impõem à política criminal brasileira.

3 DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS PARA O USO PESSOAL

Antes de adentrar o mérito da matéria, é de suma importância compreender a distinção entre os conceitos de “descriminalização” e “legalização”. Para Salo de Carvalho, a descriminalização abrange duas vertentes, quais sejam, a descriminalização em sentido estrito, na qual há a ab-rogação da lei ou da figura delitiva, configurando o instituto da abolitio criminis, e a descriminalização substitutiva, que, por sua vez, consiste no processo de transferência da infração penal para outra esfera do direito e/ou na alteração dos critérios sancionatórios. (Carvalho, 2016, p. 180)

Nesse sentido, a descriminalização consiste na retirada da sanção penal aplicada a determinada conduta, isto é, um comportamento antes considerado típico passa a ser atípico no âmbito penal. No entanto, essa exclusão da sanção criminal não implica dizer que o ato se torna plenamente permitido, uma vez que ainda pode ser considerado ilícito em outras esferas, podendo gerar sanções alternativas.

Por sua vez, a legalização consiste no processo pelo qual as condutas relacionadas ao uso, produção ou comércio de determinada substância deixam de ser consideradas crimes e passam a ser regulamentadas por normas específicas, representa, desse modo, a liberação para o uso. Neste cenário, o Estado assume o papel de regulador, estabelecendo critérios, limites e responsabilidades.

Nesse sentido pontuou com maestria o eminente Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto proferido no RE 635.659:

Descriminalizar significa deixar de tratar como crime. Despenalizar significa deixar de punir com pena de prisão, mas punir com outras medidas. Este é o sistema em vigor atualmente. Legalizar significa que o direito considera um fato normal, insuscetível de qualquer sanção, mesmo que administrativa.

A despenalização é o modelo atualmente adotado no Brasil no que diz respeito ao porte de drogas para uso pessoal. Nesse sentido, o Capítulo III, do Título III, da Lei nº 11.343/2006 trata especificamente dos crimes e das respectivas sanções. Apesar disso, há quem defenda que, por conta do caráter substitutivo das penas previstas no artigo 28, caput e §1º, essas condutas configurariam infrações de natureza *sui generis*. No entanto, ao julgar a Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal foi incisivo ao afirmar que a Lei nº 11.343/2006 não descriminalizou o porte de drogas para consumo próprio, apenas o despenalizou, substituindo a prisão por medidas alternativas, mas mantendo a tipificação como crime (Silva, 2016, p. 46).

Feitas estas ponderações conceituais, torna-se relevante refletir sobre os efeitos práticos que estes institutos geram na política criminal de drogas. No Brasil, o modelo proibicionista historicamente adotado tem demonstrado resultados que são questionáveis.

Com efeito, de acordo com o Relatório de Informações Penais da Secretaria Nacional de Políticas Penais, no período de julho a dezembro de 2024, foram registrados 174.481 presos por tráfico de drogas, entre homens e mulheres. No mesmo intervalo, 24.094 indivíduos foram presos por associação para o tráfico, e outros 6.897 por tráfico internacional de drogas (Brasil, 2025, p. 108).

Evidente, portanto, que a denominada “guerra às drogas” fortemente caracterizada pela criminalização do usuário e dos pequenos traficantes, tem se demonstrado ineficazes no tocante ao combate do crime organizado, de modo que vem contribuindo significativamente para o encarceramento em massa.

3.1 A Lei n.º 11.343/06 e seu Artigo 28: Desafios da Distinção entre Usuário e Traficante

O advento da Lei nº 11.343/2006 representou um marco na tentativa de reformular a política de drogas no Brasil. Sucedendo a antiga Lei nº 6.368/76, o novo diploma buscou incorporar elementos menos focados na repressão, especialmente no que se refere ao tratamento do usuário de drogas, que passou a ter tratamento especial, de modo a ser enquadrado como sujeito de atenção por parte das políticas de saúde, não sendo mais passível de aplicação de pena privativa de liberdade.

Nesse contexto, o artigo 28 da lei em questão passou a prever sanções alternativas, quais

sejam, advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa, para quem for flagrado portando substância ilícita para consumo pessoal.

No entanto, a redação do referido dispositivo apresenta fragilidades, especialmente no que tange à ausência de parâmetros objetivos que permitam distinguir o usuário do traficante. O §2º do artigo 28 da lei de drogas elenca os elementos a serem observados pelo juiz para a distinção, todavia, a mera previsão desses critérios, sem claras delimitações deixa a avaliação a cargo da autoridade policial, no ato da abordagem e, posteriormente, do Poder Judiciário.

Nesse sentido torna-se a destacar o entendimento do ilustríssimo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 635.659:

É preciso estabelecer um critério por alguns motivos óbvios. O primeiro, naturalmente, é diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, evitando que a sorte de um indivíduo fique ao sabor do policial ou do juiz ser mais liberal ou mais severo. O segundo, mais importante ainda, é que a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. Ela produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu e destacado por todas as pessoas que lidam com o problema: os jovens de classe média para cima, moradores dos bairros mais abonados, como regra, são enquadrados como usuários; os jovens mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes.

Desse modo, não obstante a lei tenha despenalizado o porte para consumo pessoal, o número de prisões relacionadas ao tráfico aumentou significativamente após sua entrada em vigor, revelando que muitos usuários, sobretudo jovens negros e pobres seguem sendo enquadrados como traficantes com base em critérios subjetivos.

De acordo com a Nota Técnica n.º 61, da Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, em 2023, a proporção de réus negros processados por tráfico de drogas nos tribunais estaduais de justiça é mais que o dobro da de réus brancos (Soares e Maciel, 2023, p. 7):

Em que pese as lacunas de informação não serem nada desprezíveis, é possível observar que havia informação de que o réu era negro em 46% dos casos – sendo 32% registrados no processo como parda/ mulata/morena, 9% como negra, 2% como preta e 3% outros termos. Em contraposição, pessoas brancas corresponderam a 21% dos casos. Outras cores/raças não brancas foram indígena e amarela, que cor responderam, cada uma, a 0,1% dos réus. Tendo em vista a diminuta representação na totalidade de réus, as análises que se seguem terão como foco os diferenciais observados entre pessoas negras e brancas.

Assim, embora a Lei nº 11.343/06 tenha representado um avanço formal em relação ao modelo anterior, sua aplicação prática revela a persistência de uma lógica repressiva, especialmente voltada à criminalização de populações marginalizadas. A ausência de critérios claros, aliada à seletividade estrutural do sistema penal, impede que a política de drogas brasileira efetivamente se desloque de um paradigma punitivo para um modelo baseado em saúde pública e direitos humanos, nesse sentido, avançou o Recurso Extraordinário n.º 635.659 que tratou da matéria, simbolizando um avanço na delineação destes parâmetros.

3.2 Recurso Extraordinário n.º 635.659 e a (In)constitucionalidade do Artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006

O Recurso Extraordinário n.º 635.659 aduz a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006, proveniente do caso concreto no qual o indivíduo foi condenado pela posse de 3 gramas de maconha para consumo próprio. O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal além de decidir pela inconstitucionalidade do dispositivo, definiu parâmetros objetivos para a aplicação do §2º do artigo 28 da mesma lei, entretanto restringiu-se ao porte da substância *Cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha, para consumo pessoal.

O sistema jurídico brasileiro adotava, desde a instituição da Lei n.º 11.343/2006, o modelo da despenalização, isto é, não obstante o porte de drogas para uso pessoal permanecia formalmente como infração penal, não era punido com pena privativa de liberdade, ainda, as sanções previstas, por mais que possuíam natureza substitutiva, mantinham repercussão criminal, gerando consequências jurídicas relevantes, como por exemplo a formação de maus antecedentes e a possibilidade de reincidência.

Com a decisão do STF, essa lógica foi alterada, porquanto entendeu a Corte que considerar crime o ato de portar maconha para uso pessoal viola o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, o qual tutela em especial os direitos fundamentais à privacidade e à vida privada.

Como resultado do julgamento, o Supremo Tribunal Federal definiu que o porte de maconha para consumo pessoal deixou de ser considerado crime, de modo que as sanções estabelecidas no artigo 28 serão aplicadas pelo juiz, todavia em procedimento de natureza não penal, sem os efeitos penais anteriormente associados.

Foi estabelecido pela Suprema Corte brasileira, ainda, critérios objetivos para distinguir o usuário do traficante, como o limite de até 40 gramas ou o cultivo de até seis pés de *Cannabis*, a fim garantir maior segurança jurídica e evitar interpretações abusivas que possam levar usuários a serem enquadrados injustamente como traficantes.

Portanto, pode-se afirmar com segurança que o Supremo Tribunal Federal não apenas delimitou o alcance do artigo 28, mas efetivamente descriminalizou o porte de maconha para consumo pessoal, redefinindo a forma como o Estado brasileiro deve lidar com essa conduta e sinalizando uma mudança importante na política de drogas. Nesse contexto, torna-se oportuno examinar experiências internacionais e propostas alternativas que vêm sendo adotadas, permitindo a reflexão sobre caminhos possíveis para a construção de uma política de drogas mais eficaz e humanizada.

3.3 Modelos Alternativos de Políticas de Drogas

Diante dos resultados questionáveis da denominada guerra às drogas, diversos Estados passaram a buscar modelos alternativos de políticas de drogas a fim de reduzir as consequências do proibicionismo visando conciliar a proteção da saúde pública com a redução da violência e da repressão penal.

Nesse sentido é o posicionamento da ilustre juíza Maria Lucia Karam (2013, p. 14):

O fim da insana e sanguinária “guerra às drogas” e a substituição da proibição por um sistema de legalização e consequente regulação da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas são passos primordiais para conter a expansão do poder punitivo; para afastar leis violadoras de direitos fundamentais; para eliminar a violência e a corrupção provocadas pela proibição; para efetivamente proteger a saúde.

Um dos caminhos mais discutidos entre os modelos alternativos é a descriminalização do uso de drogas, como exposto anteriormente, que tem como exemplo mais notório o modelo de Portugal, que descriminalizou o uso de todas as drogas em 2001. Tem-se também a legalização com regulação, nesse modelo o Estado assume o papel de estabelecer regras acerca da cadeia de produção, distribuição e consumo, exercendo um controle maior de modo a enfraquecer o mercado ilegal, como é o caso do Uruguai (Félix, 2019, p. 29-33).

Seja qual for o modelo alternativo, trata-se de uma proposta imprescindível para a construção de políticas mais eficazes e em conformidade com os direitos humanos. Nesse cenário, ganha destaque a política de redução de danos, que surge como uma alternativa prática e ética para lidar com os desafios do uso de substâncias psicoativas. Em vez de focar na repressão, essa abordagem prioriza o cuidado, a informação e a prevenção de riscos.

3.3.1 Política de Redução de Danos

A Redução de Danos é uma política de saúde que se propõe a reduzir os prejuízos de natureza biológica, social e econômica do uso de drogas, pautada no respeito ao indivíduo (Andrade, 2001, p. 51-64).

Por ocasião da epidemia da AIDS, surgiram, em diversos países, estratégias de prevenção relacionadas a redução de danos associados ao consumo das drogas. Nesse contexto, surgiu a medida que simboliza a política de redução de danos, a troca de agulhas e seringas usadas por seringas estéreis, de modo a minimizar os riscos de contaminação de doenças infectocontagiosas pela reutilização de materiais, após a adoção desta em países como Holanda e Inglaterra, os índices de infecção dos usuários de drogas injetáveis caíram drasticamente (Pollo-Araujo e Moreira, 2008, p. 12).

No Brasil, o Programa de Troca de Seringas em Santos em 1989 marca o início da implementação de medidas destinadas a reduzir os impactos causados pelas drogas, entretanto a

ação foi descontinuada por ser erroneamente interpretada como apologia ao uso de drogas. Todavia, em 1997, durante o 2º Congresso Brasileiro de Prevenção da AIDS, surge a Associação Brasileira de Redutores de Danos (ABORDA), que tinha por objetivo expandir as ações de redução de danos como política pública. Com o fortalecimento da associação, nos anos 2000, o Ministério da Saúde retomou a estratégia de redução de danos integrando-a à Política Nacional sobre Drogas e aos programas de prevenção da transmissão do HIV (Pollo-Araujo e Moreira, 2008, p. 17).

Entretanto, atualmente, a política de redução de danos não se resume meramente aos programas de troca de seringa, embora seja este o mais conhecido, esta cada vez mais vem sendo ampliada. Conforme aponta Luciana Rodrigues (2006, p. 70) há várias vertentes desta política, quais sejam, a educação e informação sobre os riscos aos usuários, o acolhimento do dependente e disponibilização de tratamento médico voluntário, narco-salas ou locais de consumo permitido, programas de substituição, prescrição de heroína a adictos, programas de reinserção social e de melhoria da qualidade de vida dos viciados.

Desse modo, a ampliação da redução de danos reflete uma mudança paradigmática no enfrentamento do uso de drogas, influenciada por experiências internacionais bem-sucedidas. Um dos exemplos mais expressivos dessa abordagem é o caso de Portugal, cuja política de descriminalização das drogas se fundamenta fortemente nos princípios da redução de danos.

3.3.2 A Política de Descriminalização de Drogas em Portugal

O regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas instituído pela Lei n.º 30/2000 descriminalizou o consumo, posse e aquisição de drogas para consumo pessoal, considerando-os contraordenação, conforme art. 2º da Lei n.º 30/2000, isto é, tais condutas configuram um ilícito de mera ordenação social, que se situa entre o direito penal e administrativo (Figueiredo, 2001, p. 22).

Nesse modelo, o usuário flagrado com quantidade considerada “necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias” não é mais processado criminalmente, mas sim encaminhado a uma Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência, órgão de caráter interdisciplinar, composta por um profissional da área jurídica e dois membros da área da saúde (Portugal, 2000).

O enfoque trazido pela lei é essencialmente terapêutico, e a resposta estatal prioriza o cuidado em detrimento da punição, tanto que, aos consumidores eventuais a sanção aplicável poderá ser multa ou sanção pecuniária, mas aqueles dependentes, a sanção não é pecuniária (Martins, 2013, p. 339-340).

Relevante destacar que a referida legislação não abrandou o regime severo aplicável aos

traficantes de drogas, aplicando-se a estes, ainda, a Lei n.º 15/1993, a pena de prisão de 4 a 12 anos, se tratar-se de substância prevista nas tabelas I a III e de 1 a 5 se substância prevista na tabela IV.

Em 2003, conforme Relatório Anual do Instituto para os Comportamentos Aditivos e as Dependências – ICAD, apenas uma pequena parte das apreensões de drogas envolvia grandes quantidades: 7% no caso da heroína, 22% da cocaína, 4% do haxixe, 7% da liamba (maconha) e 30% do ecstasy. No entanto, nos anos seguintes, essas apreensões de maior volume passaram a representar uma parcela cada vez maior do total. Esse aumento está relacionado com a política de descriminalização do consumo, que fez com que os esforços das autoridades se concentrassem mais no tráfico do que nos usuários (ICAD, 2003, p. 73).

A descriminalização de drogas em Portugal foi acompanhada da adoção de estratégias voltadas à redução de danos, visando mitigar os riscos nos casos em que não é possível impedir o consumo. Com efeito, foram desenvolvidos programas sócio sanitários, como por exemplo os Programas de Substituição em Baixo Limiar de Exigência, implantado na região autónoma dos Açores, os quais visam promover a redução do consumo de heroína substituindo-a por metadona, intervenção feita por profissionais capacitados da saúde, considerando a dose e periodicidade adequadas.

Cita-se, ainda, o Programa de Troca de Seringas, o qual tem por objetivo a prevenção de transmissão de infeções pelo vírus HIV e das Hepatites B e C entre os consumidores de drogas injetáveis em Portugal, fornece material esterilizado, recolhe e distribui seringas. Nesse sentido, conforme Relatório do Serviço Partilhados do Ministério da Saúde, em 2018 foram distribuídas 1.300.134 seringas nas estruturas participantes do programa (Portugal, 2018, p. 8).

O modelo português evidencia, portanto, a possibilidade de lidar com a questão das drogas adotando uma abordagem mais humanizada no tocante aos usuários de drogas, mantendo, contudo, uma postura proibicionista mais rigorosa em relação ao tráfico.

4 OS IMPACTOS DA (DES)CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS EM RELAÇÃO A MANUTENÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Pela legislação brasileira, considera-se organização criminosa a associação de agentes, com carácter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada, com divisão de tarefas (Nucci, 2021, p. 12). É certo que a política proibicionista de drogas contribui para o desenvolvimento das organizações criminosas, que se valem do narcotráfico para se fortalecer economicamente e desenvolver um poder de Estado paralelo (Oliveira, 2002). Ante o exposto, torna-se relevante analisar os impactos da descriminalização das drogas no tocante as organizações criminosas.

O tráfico de drogas serve como a principal fonte de financiamento e sustentação logística para o crime organizado, conforme explica Zaluar (2004, p. 115):

O tráfico de drogas não só sustenta as organizações criminosas, mas também se entrelaça com outras atividades ilegais, criando uma rede de ilegalidades que reforça o poder e a capacidade operacional dessas facções. O comércio de drogas proporciona o fluxo de recursos financeiros necessário para a continuidade e expansão dessas operações ilícitas, o que permite uma maior penetração e controle sobre diversas áreas e comunidades. A interconexão entre o tráfico e o crime organizado evidencia uma estrutura de poder que se projeta para além dos limites do mercado de drogas, influenciando diretamente outros setores da criminalidade

A interconexão entre o tráfico de drogas e o crime organizado evidencia uma estrutura organizacional sofisticada, operando com divisões internas de tarefas, projetam influências sobre territórios, mercados financeiros e até instituições públicas (Karam, 2024, p. 74).

Facções criminosas como o Primeiro Comando da Capital (PCC) e Comando Vermelho (CV) são exemplos que controlam amplas redes criminosas (Costa, Almeida e Oliveira, 2024, p. 310). De acordo com o Relatório Internacional sobre a Estratégia de Controle de Entorpecentes (United States, 2025, p. 148) o Primeiro Comando da Capital, é a principal ameaça à segurança pública do país, de acordo com dados da Polícia Federal, o PCC atua em 22 de 27 estados brasileiros e está ativo em ao menos 16 outros países, evidenciando o alcance do poder exercido.

Com efeito, destaca-se, de maneira emblemática, o caso da Cracolândia na cidade de São Paulo, a Operação Salus et Dignitas deflagrada pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO) do Ministério Público de São Paulo em 2024, revelou uma estrutura criminosa que vinha sendo perpetuada a muito tempo, as facções criminosas, com apoio de comerciantes locais e até da Guarda Municipal, se aproveitando da vulnerabilidade de adictos, possuíam um ecossistema de exploração do comércio ilícito, a fim de manter o controle territorial e econômico da região (SSP-SP, 2024).

A operação evidencia que a manutenção da criminalização das drogas, sem políticas públicas voltadas à saúde pública e a dignidade da pessoa humana, perpetua uma lógica de controle social informal e fortalece economicamente as facções. A descriminalização, por outro lado, se conduzida de forma planejada e integrada com políticas públicas, poderia reduzir a margem de atuação desses grupos ao esvaziar um dos principais mercados que lhes garantem poder.

4.1 A Descriminalização Como Estratégia de Enfraquecimento das Facções

Diante da evidente ineficácia da criminalização como mecanismo de contenção do tráfico e do crime organizado, surge o debate sobre a descriminalização como alternativa possível para enfraquecer economicamente essas organizações. Aliada à regulamentação estatal do uso e comércio de determinadas drogas, a descriminalização tem o potencial de desestabilizar a principal

fonte de receita das facções, retirando-lhes o controle sobre o mercado.

Fato é que o mercado ilegal de drogas já opera sob uma forma de regulamentação, no entanto, esta não é feita pelo Estado, mas sim pelo crime organizado, nesse sentido destaca a juíza de direito aposentada Maria Lúcia Karam (2024, p. 78):

A produção e o comércio de drogas não são atividades violentas em si mesmas. É sim o fato da ilegalidade que produz e insere no mercado empresas criminalizadas – ou, para quem prefere o ‘dialeto penal’, ‘organizações criminosas’ –, simultaneamente trazendo a violência como um subproduto de que aquelas empresas, ou ‘organizações’ devem se valer não apenas para o enfrentamento da repressão, mas também como forma necessária de resolução dos naturais conflitos surgidos no decorrer de suas atividades econômicas, dada a ausência de regulamentação e a consequente impossibilidade de acesso aos meios legais

Portanto, uma das políticas a serem adotadas para o combate ao tráfico de drogas, monopolizado pelas facções criminosas, seria a neutralização do poder, de modo a devolver ao Estado o poder-dever de regular a produção e o comércio das drogas.

Evidente que tal regulamentação isoladamente não é capaz de dismantelar o poder das organizações criminosas, é imprescindível a somatória desta à outras políticas públicas, por exemplo, como exposto anteriormente, a reforma legislativa acerca do art. 28 e 33 da Lei n. 11.343/2006, a fim de reduzir o encarceramento em massa de consumidores e pequenos traficantes, bem como a atuação focada na reintegração social de dependentes químicos.

Nesse sentido, destaca-se a experiência de Portugal. Após a descriminalização do uso de drogas no país em 2001, observou-se uma significativa redução no número de encarceramentos por delitos relacionados ao consumo, no ano anterior a descriminalização 7.592 indivíduos foram indiciados por consumo de droga, em contrapartida 6.026 foram encaminhados às Comissões para a Dissuação da Toxicodependência no ano seguinte, ainda, as autuações por tráfico aumentaram em 11%, refletindo um foco maior da polícia no combate ao tráfico (Hughes e Stevens, 2010, p. 4).

Conclui-se, portanto, que a descriminalização das drogas, se implementada de forma estratégica, acompanhada de regulamentação estatal e integrada a políticas públicas de saúde, segurança e justiça social, apresenta-se como uma medida promissora no enfraquecimento estrutural das facções criminosas. Ao retirar dessas organizações o monopólio sobre o mercado de entorpecentes, reduz-se não apenas sua principal fonte de financiamento, mas também sua capacidade de cooptar territórios e populações vulneráveis.

A experiência portuguesa evidencia que a transição de um modelo repressivo para um modelo baseado na saúde pública pode reduzir o encarceramento em massa e permitir uma atuação estatal mais eficaz e racional. Assim, repensar a atual política de drogas brasileira, centrada na criminalização, torna-se uma urgência diante da necessidade de minar o poder das organizações criminosas e promover uma abordagem mais justa, eficiente e humana para a questão das drogas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar o impacto da descriminalização das drogas no combate ao crime organizado. Notório que atual política de drogas no Brasil fracassou em seu propósito de reduzir o consumo e combater o tráfico, em vez disso, alimentou o sistema penal, fortaleceu o crime organizado e marginalizou populações vulneráveis.

A descriminalização, por sua vez, surge como um passo necessário, embora não o suficiente, isoladamente, para a construção de uma política mais eficaz, que enfrente o problema das drogas com ênfase em saúde pública.

Nesse sentido, verificou-se a evolução do modelo de política de drogas no Brasil, de modo que evidenciado a propagação do paradigma repressivo até os dias de hoje no ordenamento jurídico brasileiro. Entendeu-se que o modelo proibicionista no Brasil não emplacou resultados eficazes de modo que a superlotação de presídios.

Demonstrou-se a fragilidade da Lei n.º 11.343/2006 no tocante a distinção entre usuário e traficante e as implicações práticas deste desafio. Com efeito, analisou-se o julgado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 635.659, o qual declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, bem como que estabeleceu como parâmetro objetivo quantidade de 40g enquanto não sobrevier legislação ou regulamentação dos órgãos competentes especificando as quantidades mínimas distintivas nos termos do art. 28, §2º, da Lei n.º 11.343/2006.

Diante do posicionamento da Suprema Corte acerca da substância *Cannabis sativa*, que representou um distanciamento do paradigma proibicionista historicamente consolidado, abriu espaço para a adoção de modelos alternativos de políticas de drogas mais eficazes, como, por exemplo, o modelo adotado por Portugal, combinado com mecanismos que visam a redução de danos das drogas.

Constatada a complexa relação entre a criminalização das drogas e o fortalecimento das organizações criminosas no Brasil, torna-se evidente que a atual política proibicionista, ao invés de conter o avanço do crime organizado, acaba por sustentá-lo, isso porque, a manutenção do mercado ilícito de entorpecentes fornece os recursos financeiros e logísticos que permitem a expansão e consolidação de facções como o PCC e o CV, impactando diretamente a segurança pública, o sistema prisional e a própria ordem social.

Assim, a descriminalização das drogas, quando articulada com regulamentação estatal e políticas públicas voltadas à saúde e à justiça social, demonstra ser uma estratégia viável no combate às organizações criminosas.

REFERÊNCIAS

- AIRES, José Ramiro Rodrigues. **A seletividade do sistema penal brasileiro: análise dos efeitos na definição entre usuário e traficante de drogas na Lei n.º 11.343/2006**. [Trabalho de Conclusão de Curso] — Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, 2020.
- ANDRADE, Tarcisio. Lurie, Peter.; Medina, Maria Guadalupe; Anderson, Kim; Dourado, Ines. **The opening of South America's first needle exchange program and an epidemic of crack use in Salvador, Bahia-Brazil**, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/14560/1/Peter%20Lurie.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2025.
- BATISTA, Nilo. **Política Criminal com derramamento de sangue**. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê PL n.º 185/1971**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1190368&filename=Dossie-PL%20185/1971.
- BRASIL. Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD). **Resolução nº 3, de 27 de novembro de 2005**. Institui as diretrizes para o acolhimento de usuários e dependentes de substâncias psicoativas. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 30 nov. 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 ago. 2006.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de informações penitenciárias – 17º ciclo – 2º semestre de 2024 (SISDEPEN)**. Brasília: SENAPPEN, 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2o-semester-de-2024.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 635.659**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 26 jun. 2024, publicado em 27 set. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15370660456&ext=.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2025.
- CABALLERO, Francis; BISIQU, Yann. **Droit de la drogue**. Paris: Dalloz, 2000.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** – Salo de Carvalho. – 8. ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- COSTA, Bruna Vitoria Sousa. ALMEIDA, Gabriela Correia de. OLIVEIRA, Jocirley de. **A Coexistência entre o Tráfico de Drogas e o Crime Organizado no Brasil: Um Estudo dos Impactos nos Âmbitos Familiar e Social**. JNT Facit Business and Technology Journal. Ed. 55. Vol. 1. Faculdade de Ciências do Tocantins, 2024. Disponível em: <http://revistas.faculdefacit.edu.br>

- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos de doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- FÉLIX, Julian Mokwa. **Análise da política de combate ao narcotráfico no Uruguai e na Argentina (2015-2018)**. [Trabalho de Conclusão de Curso] — Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.
- GOMES-MEDEIROS, Débora, TÓFOLI, Luís Fernando. **O Impacto da Descriminalização de Drogas Nas Políticas Públicas**. Platô; Revista da Plataforma Brasileira de Política de drogas, 2019.
- GRECO FILHO, Vicente, RASSI, João Daniel. **Histórico-drogas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/428/edicao-1/historico-drogas>. Acesso em: 24 mar. 2025.
- HART, Carl. **Um preço muito alto: A jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas**; tradução Clóvis Marques – 1. ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- HUGHES, Caitlin. STEVENS, Alex. **The effects of decriminalization of drug use in Portugal**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/238070854_The_Effects_of_Decriminalization_of_Drug_Use_in_Portugal. Acesso em: 26 mai. 2025.
- ICAD. **Relatório Anual 2003 – A situação do País em Matéria de Drogas e Toxicodependências**. Disponível em: <https://www.icad.pt/DocumentList/Index/61?languageId=0>. Acesso em: 24 mai. 2025.
- KARAM, Maria Lucia. **Proibição às drogas e violação a direitos humanos**. 2013. Disponível em: https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas_violacao_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf. Acesso em: 23 mai. 2025
- KARAM, Maria Lucia. **Política de Drogas e o Dito “Crime Organizado”**. 2024. Disponível em: <https://revistasusp.mj.gov.br/susp/index.php/revistasusp/article/view/599/107>. Acesso em: 26 mai. 2025
- MARTINS, Vera Lúcia. **A política de descriminalização de drogas em Portugal**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sssoc/a/4QTTd5vCTwmmJ75yGZbpRGy/?format=pdf>. Acesso em: 24 mai. 2025.
- MIRAGLIA, Paula. **Drugs and Drug Trafficking in Brazil: Trends and Policies** <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/Miraglia-Brazil-final.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2025.
- MORAIS, Paulo César de Campos. **Mitos e omissões: repercussões da legislação sobre entorpecentes na região metropolitana de Belo Horizonte**. 1997. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/MITOS%20E%20OMISS%C3%83%E2%80%A2ES.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2025
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa** – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- OLIVEIRA, Adriano. **Narcorede institucional pública e o Estado paralelo ilícito: propondo a**

construção de novos conceitos e discutindo o Estado de Direito Democrático no Brasil. Revista Acadêmica Multidisciplinar Urutágua, Maringá, 2002. Disponível em: http://www.urutagua.uem.br/04pol_narco.htm. Acesso em: 26 mai. 2025.

OMS. **Informe sobre as Drogas.** Genebra: Organização Mundial da Saúde, 1981.

POLLO-ARAÚJO, Maria Alice. MOREIRA, Fernanda Gonçalves. **Aspectos Históricos da Redução de Danos.** Drogas e Redução de Danos: uma cartilha para profissionais de saúde/ Marcelo Niel & Dartiu Xavier da Silveira (orgs). – São Paulo, 2008.

PORTUGAL. Lei n.º 30/2000. Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/30-2000-599720>.

PORTUGAL. SPMS. Programa de Troca de Seringas. Disponível em: <https://www.spms.min-saude.pt/programas-para-a-saude/>. Acesso em: 25 mai. 2025

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas** – São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.** Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Drugs and prisons: The repression of drugs and the increase of the Brazilian penitentiary population.** – In Systems Overload: Drug Laws and Prisons in Latin America, edited by Pien Metaal and Coletta Youngers. Amsterdam and Washington: Transnational Institute and Washington Office on Latin America, 2011. Disponível em: https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug%20Policy/2011/TNIWOLA-Systems_Overload-def.pdf. Acesso em: 25 mai. 2025.

ROCHA, Filipe de Carlo Araujo. **Legalização das drogas: descriminalização e regulamentação como forma de combate ao crime organizado.** Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Orientador: Prof. Gabriel Haddad Teixeira, Universitário de Brasília - UniCEUB, 2016

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito.** (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remezal, trad. y notas). Madrid, España: Editorial Civitas, 1997.

SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO (SSP-SP). Operação Salus et Dignitas: criminosos usavam comércios para fomentar o tráfico na região central. Disponível em: <https://www.ssp.sp.gov.br/noticia/57793>. Acesso: 15 mai. 2025.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada** – 2. ed. – São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SOARES, Milena Karla; MACIEL, Natalia Cardoso Amorim. **A Questão racial nos processos criminais por tráfico de drogas dos tribunais estaduais de justiça comum: uma análise exploratória.** Brasília, DF: Ipea, out. 2023. (Diest : Nota Técnica, 61)

UNITED STATES. Department of State. Bureau for International Narcotics and Law Enforcement

Affairs. **International Narcotics Control Strategy Report: Volume 1 – Drug and Chemical Control**. Washington, D.C., Mar. 2025. Disponível em: <https://www.state.gov/international-narcotics-control-strategy-report/>. Acesso em: 25 maio 2025.

UNODC. **World Drug Report 2010**. Viena: United Nations Office on Drugs and Crime, 2010

ZALUAR, Alba Maria. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**. São Paulo: FGV, 2004.

O PROCESSO PENAL COMO SISTEMA FECHADO: UM OLHAR LUHMANNIANO SOBRE A SELETIVIDADE E A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

João Ricardo dos SANTOS
Laura Rosa MARTINS
Maria Paula Stradiotto SIMOES

RESUMO

O artigo analisa a aplicação da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann ao Processo Penal brasileiro, identificando-o como um sistema funcionalmente fechado, cujo modo de operação é um potencial violador de direitos humano-fundamentais, especialmente enfocando as análises nos grupos socialmente marginalizados. Em um cenário de violação de direitos, alavancado por discursos punitivistas na política e na mídia que enxergam no encarceramento uma bandeira de segurança pública, o artigo perpassa por levantar dados teóricos sobre como a lógica sistêmica seleciona seus alvos prioritários. Essa visão, construída a partir da indiferença programada do sistema, reforça a maximização da periculosidade como elemento de tratamento dos sujeitos vulneráveis. A metodologia adotada na pesquisa é analítico descritiva e crítica, e utilizou-se da revisão bibliográfica e da análise de teorias sociológicas e criminológicas. A hipótese demonstrada no artigo é de que há uma instrumentalização do fechamento operacional do sistema penal, e a partir daí uma legitimação da seletividade e da violência, não como uma falha, mas como uma prática institucional funcional. As conclusões do artigo apontam para a confirmação desse modo de operação, apontando também para a necessidade de um maior amadurecimento sobre a articulação entre a teoria sistêmica e as epistemologias críticas, que contribuam para uma emancipação do Direito e de sua função política de transformação social.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos Sistemas; Autorreferência; Autopoiese; Criminologia crítica; Seletividade penal.

ABSTRACT

This article analyzes the application of Niklas Luhmann's Social Systems Theory to the Brazilian Criminal Procedure system, identifying it as a functionally closed system whose mode of operation is a potential violator of fundamental human rights, with a special focus on socially marginalized groups. In a context of rights violations, leveraged by punitivist discourses in politics and media that frame incarceration under the banner of public security, the article presents a theoretical framework on how systemic logic selects its priority targets. This perspective, built upon the system's programmed indifference, reinforces the maximization of perceived dangerousness as a key element in the treatment of vulnerable subjects. The methodology adopted is analytical-descriptive and critical, utilizing a bibliographic review and an analysis of sociological and criminological theories. The hypothesis demonstrated in the article is that the operational closure of the penal system is instrumentalized to legitimize selectivity and violence, not as a flaw, but as a functional institutional practice. The article's conclusions confirm this mode of operation, also pointing to the need for a more mature articulation between systems theory and critical epistemologies, which may contribute to an emancipation of Law and its political function for social transformation.

KEYWORDS: Systems Theory; Self-Reference; Autopoiesis; Critical Criminology; Penal Selectivity.

INTRODUÇÃO

A estrutura jurídica das democracias contemporâneas se apresenta como um espaço paradoxal: ao mesmo tempo em que enuncia garantias fundamentais e direitos universais, reproduz práticas seletivas e excludentes que atingem, de forma sistemática, determinados grupos sociais. No contexto nacional, esse paradoxo se revela com nitidez no funcionamento do processo penal, cujas engrenagens operam de maneira aparentemente neutra, mas produzem, de forma reiterada, resultados marcados por desigualdade, encarceramento em massa e violência institucionalizada. A promessa constitucional de um processo penal democrático e garantista contrasta com a realidade de um sistema que parece funcionar com mais eficiência para punir do que para proteger.

Diante dessa realidade, torna-se urgente questionar os fundamentos que sustentam a estrutura do processo penal, sobretudo sua resistência em dialogar com os sujeitos vulnerabilizados que, com frequência, figuram como alvos preferenciais da atuação punitiva do Estado. É nesse ponto que a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann oferece uma chave interpretativa potente. Ao conceber o Direito como um sistema autopoietico e autorreferencial, Luhmann propõe que o sistema jurídico opera com base em sua própria lógica interna — especialmente a distinção binária entre o lícito e o ilícito — e tende a se fechar em relação a comunicações externas que não se encaixam em seu código funcional. Esse fechamento operacional não é absoluto, mas estruturalmente condicionado, o que significa que, embora existam acoplamentos com outros sistemas (como o político e o econômico), a forma como essas influências são processadas ocorre segundo os próprios critérios do sistema jurídico.

Aplicada ao processo penal, essa concepção permite compreender por que determinadas demandas sociais — como o enfrentamento da seletividade racial, da criminalização da pobreza ou da violência institucional — não são plenamente incorporadas pelo sistema, ou são absorvidas de maneira distorcida, sem produzir mudanças estruturais efetivas. A racionalidade processual se organiza de modo a privilegiar certos tipos de prova, consolidar determinadas narrativas (como a da autoridade policial) e reproduzir padrões que, embora juridicamente legitimados, acabam por consolidar práticas discriminatórias. Ao contrário do que afirmam discursos juristas, a seletividade do processo penal não é um desvio; ela é funcional à sua forma de operar.

Como contribuição para a pesquisa acadêmica, a investigação aqui desenvolvida buscou responder à seguinte questão: a estrutura autorreferencial do processo penal, conforme descrita pela teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, contribui para a reprodução da seletividade penal e da violência institucional contra grupos socialmente marginalizados? A investigação parte da hipótese de que o funcionamento autopoietico do processo penal — que opera com base em uma lógica interna de distinção entre lícito e ilícito — conduz à rejeição sistemática de comunicações

oriundas de sujeitos vulneráveis, como pessoas negras, pobres e periféricas, inviabilizando o acolhimento efetivo de demandas por garantias processuais e direitos fundamentais.

A partir dessas considerações, a pesquisa instrumentalizou análises fundamentadas na teoria dos sistemas, especialmente no conceito de fechamento operacional, que permite compreender como o processo penal filtra seletivamente as informações e discursos que considera juridicamente relevantes. Nesse sentido, houve particular atenção ao modo como o Direito — e em especial o processo penal — resiste a incorporar visões de mundo que desafiam sua racionalidade funcional, perpetuando práticas institucionais que favorecem a manutenção da ordem social excludente. Por fim, a investigação apresentou, partindo da hipótese de que o processo penal reproduz um padrão sistêmico de exclusão, uma análise sobre como sua estrutura interna legítima, sob a aparência de neutralidade e técnica, a criminalização direcionada de determinados grupos sociais. Nesse sentido, o presente artigo busca compreender como a lógica de funcionamento do processo penal brasileiro contribui para a seletividade e para a naturalização da violência institucional.

1 A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN

A teoria dos sistemas sociais formulada por Niklas Luhmann propõe uma ruptura profunda com as concepções normativas e subjetivistas do Direito, oferecendo uma reconstrução do pensamento sociológico por meio de uma epistemologia complexa e funcional. Partindo de uma releitura crítica da obra de Talcott Parsons, Luhmann desenvolve um arcabouço teórico de ambição universalista, cujo ponto de partida é a constatação de que a sociedade moderna é caracterizada por uma complexidade crescente que demanda mecanismos específicos para sua redução. A complexidade, nesse referencial, é um conceito técnico; como define Kunzler (2004, p. 125), “um sistema pode ser chamado de complexo quando contém mais possibilidades do que pode realizar num dado momento”.

Para Luhmann, a resposta evolutiva a essa superabundância de possibilidades foi a diferenciação funcional da sociedade em subsistemas autônomos a divisão em subsistemas autônomos como o direito, a política, a economia e a ciência. Diante disso, sua proposta afasta-se de concepções que buscam a validade do direito em valores superiores ou na hierarquia textual das normas. Cada um desses sistemas opera com base em uma lógica própria, sem que haja um centro de controle ou uma hierarquia entre eles. Essa característica torna a sociedade moderna “policontextual”, ou seja, passível de múltiplas descrições, sem que nenhuma delas seja privilegiada. A função primordial de cada sistema é, portanto, reduzir a complexidade do ambiente, selecionando apenas uma parcela limitada das informações externas para processar internamente.

Para explicar como esses sistemas funcionalmente diferenciados mantêm sua autonomia, Luhmann recorre ao conceito de autopoiese, termo que importou da biologia de Maturana e Varela. Um sistema autopoietico é aquele que produz e reproduz seus próprios elementos a partir de suas próprias operações. Como definem Guerra Filho e Carvalho (2020, p. 786), o “sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa, circular (‘recursiva’) entre eles”. Nos sistemas sociais, o elemento fundamental que se autorreproduz não são os indivíduos, mas a comunicação — a operação que constitui o social como uma realidade própria, distinta da consciência humana. Em uma de suas formulações mais radicais, Luhmann afirma que “a sociedade é constituída exclusivamente por comunicação. As pessoas estão, na verdade, no ambiente do sistema social” (Kunzler, 2004, p. 126). A consciência (sistema psíquico) é um pré-requisito para a comunicação, mas não faz parte dela; opera de modo distinto, com base em pensamentos.

Essa capacidade de autopoiese implica, necessariamente, o que a teoria denomina de fechamento operacional. Isso significa que o sistema só reconhece e processa suas próprias operações, em um ciclo contínuo de autorreferência. O sistema não importa elementos prontos do ambiente, pois, como explicam Guerra Filho e Carvalho (2020, p. 787), “essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser ‘fechado’, do ponto de vista de sua organização, não havendo ‘entradas’ (inputs) e ‘saídas’ (outputs) para o ambiente”. Em termos diretos, “o ambiente não pode operar no sistema, nem o sistema pode operar no ambiente” (Kunzler, 2004, p. 129). Contudo, esse fechamento não significa isolamento total. O sistema permanece cognitivamente aberto por meio de acoplamentos estruturais — canais de conexão que permitem que um sistema seja “irritado” ou perturbado por eventos do ambiente, embora processe essas irritações sempre de acordo com sua lógica funcional interna.

Aplicada ao sistema jurídico, a teoria dos sistemas revela sua força analítica ao descrever o direito como um subsistema social que opera de forma autopoietica — isto é, que produz e reproduz a si mesmo a partir de suas próprias operações. A engrenagem central dessa autoprodução é um código binário específico: lícito/ilícito. Este código atua como um filtro fundamental, pois a própria comunicação jurídica se define por ele. Como explica Mandarin (2023, p. 22), “comunicar significa estabelecer operações de seleção de informações ao sistema jurídico, para que este possa diferenciar o ‘direito’ (identidade) do que ‘não é direito’ (diferença), a partir de seus códigos”. Desse modo, a função primordial do direito, nesta perspectiva, não é a realização da justiça em um sentido moral externo, mas a estabilização de expectativas normativas por meio da aplicação consistente de sua própria lógica operativa.

A consequência direta é que o sistema jurídico opera de forma autorreferente, produzindo

decisões a partir de outras decisões e normas a partir de outras normas. “A autopoiese do direito reside na capacidade de as decisões jurídicas se orientarem pelo direito existente” (Mandarino, 2023, p. 137). Demandas sociais, pressões políticas ou valores morais que surgem no ambiente só são incorporados pelo direito se puderem ser traduzidos para o código lícito/ilícito. Aquilo que não pode ser processado sob essa lógica é, funcionalmente, ignorado pelo sistema — não por ser irrelevante para a sociedade, mas por ser incompatível com a sua operação interna. Assim, a teoria dos sistemas oferece um poderoso ferramental para compreender por que o direito, mesmo em face de graves injustiças sociais, muitas vezes se mostra resistente a transformações, priorizando a manutenção de sua própria coerência operativa.

2 O PROCESSO PENAL COMO SISTEMA AUTORREFERENCIAL

Dentro da complexa arquitetura social descrita por Niklas Luhmann, o processo penal não emerge como um mero conjunto de regras procedimentais, mas como um subsistema altamente especializado e funcionalmente diferenciado do sistema jurídico. Ele herda e radicaliza as características centrais de seu sistema-pai — a autopoiese, o fechamento operacional e a autorreferência —, adaptando-as para cumprir sua função específica: a produção de decisões sobre a culpabilidade. Enquanto o sistema jurídico como um todo opera para estabilizar expectativas normativas, o processo penal é a engrenagem que absorve o conflito gerado pela violação da norma e o transforma em uma decisão juridicamente válida, reafirmando a vigência do código do Direito. Dessa forma, ele se constitui como uma organização que garante a continuidade das operações jurídicas e a reprodução do próprio sistema, especialmente por meio da atividade central dos tribunais (Mandarino, 2023, p. 136).

A principal ferramenta que garante a autonomia e o fechamento operacional do processo penal é sua lógica binária. Se o sistema jurídico se orienta pela codificação lícito/ilícito, o processo penal especializa essa distinção no código culpado/inocente. Essa codificação não é apenas um resultado, mas a própria condição de possibilidade de sua operação. Ela atua como um filtro seletivo que determina quais narrativas e informações provenientes do ambiente — o complexo universo de fatos sociais, contextos políticos, sofrimentos afetivos e desigualdades estruturais — são pertinentes e quais serão descartadas como “ruído”. O sistema processual, portanto, não se ocupa da “verdade” em um sentido ontológico ou correspondente à realidade fática, mas da produção de uma verdade sistêmica, construída a partir de suas próprias regras e de seu código. Essa dinâmica gera um fechamento a outras narrativas, pois, como adverte Luhmann, a função do procedimento não é impedir desilusões ou alcançar um consenso, mas sim absorver as contingências e reestruturar as expectativas jurídicas (Luhmann, 1980, p. 97-98, 13, *apud*

Mandarino, 2016, p. 72, 133). Assim, argumentos baseados na vulnerabilidade social ou na opressão histórica, por mais relevantes que sejam no ambiente, só ingressam no processo se puderem ser traduzidos em categorias processualmente reconhecidas — como uma excludente de ilicitude ou um vício probatório —, caso contrário, sua complexidade é rejeitada.

Essa autorreferencialidade se manifesta concretamente por meio de três mecanismos interligados: os ritos formais, a linguagem técnica e o papel das provas. Primeiramente, os ritos processuais — prazos, audiências, recursos, a forma dos atos — não são mera burocracia, mas a própria materialização da autopoiese do sistema. É através da repetição desses procedimentos que o processo se legitima e se reproduz, independentemente da justiça material de seu resultado. É a chamada “legitimação pelo procedimento” (Luhmann, 1980, apud Mandarino, 2016, p. 72), em que a previsibilidade e a formalidade do rito garantem a aceitação da decisão, absorvendo a incerteza do conflito. Em segundo lugar, a linguagem técnica do direito processual penal atua como uma barreira que reforça o fechamento do sistema, garantindo que apenas os iniciados em seus códigos possam operar validamente dentro dele. Termos como “justa causa”, “devido processo legal” ou “tipicidade” são construtos internos que não possuem correspondência direta no ambiente social, mas são essenciais para a comunicação jurídica.

Por fim, o exame do papel das provas revela de forma contundente o caráter autorreferencial do processo. A atividade probatória, nesse contexto, não visa a uma reconstrução fiel do passado, mas à produção de enunciados que o sistema possa valorar segundo seus próprios critérios internos. Essa dinâmica engendra uma “espiral argumentativa” — um ciclo decisório recursivo em que certos elementos probatórios são sistematicamente privilegiados. Nas sentenças condenatórias, por exemplo, nota-se uma padronização que realça a credibilidade da palavra da vítima e, sobretudo, do testemunho policial, ao mesmo tempo em que o interrogatório do réu é frequentemente desvalorizado (Mandarino, 2023, p. 186-187).

Nesse ciclo, o depoimento de agentes estatais é validado por operações simbólicas que importam noções externas, como a presunção de “boa-fé” da administração pública, transformando um critério administrativo ou moral em um fundamento jurídico para a condenação (Mandarino, 2023, p. 192). Essa repetição de padrões constitui o que Luhmann denominou “fórmulas de redundância” (Luhmann, 2005, p. 408, 411, apud Mandarino, 2023, p. 158), evidenciando que o sistema opera com base em sua própria memória, validando os argumentos que já se provaram úteis para sua reprodução e estabilidade.

É nesse ponto que se revela a limitação do contraditório e da ampla defesa, especialmente em contextos de vulnerabilidade. Embora a Constituição Federal assegure formalmente essas garantias — uma abertura do sistema jurídico ao seu ambiente político —, o fechamento

operacional do processo penal neutraliza, em grande medida, sua eficácia material. O sistema garante ao acusado a *oportunidade formal* de se defender, mas a *substância* de sua defesa, muitas vezes ancorada em uma narrativa de exclusão social que não se encaixa no código culpado/inocente, é sistemicamente rejeitada. A "verdade" do acusado, imersa em sua realidade social, é traduzida pelo sistema como mera "versão", enquanto a "verdade" produzida pelos agentes estatais é frequentemente acolhida como "prova" dotada de fé pública. Assim, o processo penal demonstra sua capacidade de operar de forma fechada e autorreferente, mesmo estando formalmente aberto a garantias constitucionais. Essa dinâmica permite que, sob um manto de legalidade e tecnicidade, o sistema perpetue a seletividade e a violência institucional, não como uma falha ou disfunção, mas como um produto esperado de sua própria lógica funcional.

3 A SELETIVIDADE PENAL COMO PRODUTO DA OPERAÇÃO SISTÊMICA

A percepção de que o sistema de justiça criminal opera de forma seletiva, direcionando sua força punitiva de maneira desproporcional sobre determinados grupos sociais, é um dos diagnósticos mais consolidados da criminologia crítica. Contudo, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann oferece um arcabouço para deslocar a análise dessa seletividade do campo da patologia ou da disfunção para o da própria funcionalidade sistêmica. Nessa perspectiva, a seletividade não é um "erro" ou um "desvio" de um sistema que deveria ser neutro, mas um produto esperado e inerente ao seu modo de operação. O sistema penal, para manter sua autopoiese — sua capacidade de se autorreproduzir —, precisa reduzir a imensa complexidade do ambiente social, e o faz por meio de operações de seleção. A questão fundamental, portanto, não é *se* o sistema seleciona, mas *como* e *o quê* ele seleciona para definir o que é "processável" e o que é, funcionalmente, "descartado".

O primeiro passo para essa compreensão é entender que a seletividade é uma consequência direta do fechamento operacional do sistema jurídico-penal. Ao operar com base no código culpado/inocente, o sistema traduz a complexidade dos conflitos sociais para sua própria linguagem, simplificada e binária. Ele não observa pessoas, contextos ou estruturas de opressão; ele observa comunicações que podem ou não ser codificadas como juridicamente relevantes. Essa indiferença programada em relação ao ambiente é o que permite ao sistema manter sua autonomia, mas é também o que o torna cego às desigualdades que estruturam a sociedade. A seleção, portanto, não ocorre no nível do código em si — que é abstrato e universal —, mas nas operações concretas que o aplicam. O sistema define o que é processável não com base em um critério de justiça material, mas com base naquilo que é compatível com a sua rotina e que permite a continuidade fluida de suas operações. Furtos de pequeno valor, o pequeno tráfico de drogas e outros crimes associados à

pobreza, por exemplo, tornam-se “processáveis” por excelência, pois se encaixam em narrativas padronizadas que exigem pouca elaboração cognitiva do sistema e permitem decisões rápidas e em série, garantindo a vazão do fluxo processual.

É nesse ponto que o sistema penal identifica, de forma implícita mas eficaz, seus sujeitos prioritários. Embora o código penal não discrimine com base em raça, classe ou local de moradia, as organizações que compõem o sistema — polícias, ministério público, judiciário — estão imersas no ambiente social e operam com base em estereótipos e preconceitos que estruturam a sociedade. Esses estereótipos funcionam como “esquemas de observação” que guiam a seleção inicial. O jovem negro e pobre da periferia é mais facilmente observado como “suspeito” pela polícia, e essa comunicação inicial — a abordagem, a prisão em flagrante — já ingressa no sistema com uma carga de validação que dificilmente será revertida. A seletividade, nesse sentido, opera como um acoplamento estrutural perverso: o sistema jurídico-penal, embora fechado em sua operação, é constantemente “irritado” pelo racismo e pelo classismo do ambiente, e processa essas irritações de forma a reforçá-las, traduzindo o estigma social em imputação penal. A escolha dos alvos não é, portanto, uma decisão consciente de um ator específico, mas o resultado de um padrão sistêmico que encontra nos corpos de pobres e negros o material mais facilmente “processável” para a sua engrenagem punitiva.

Essa lógica se materializa em práticas judiciais naturalizadas que revelam o desequilíbrio estrutural do processo. A análise da prisão preventiva, por exemplo, mostra como uma medida que deveria ser excepcional se torna uma regra para o público-alvo do sistema. A decisão de decretar a prisão cautelar frequentemente se baseia em fórmulas genéricas como a “garantia da ordem pública”, um conceito vago que o sistema preenche com o conteúdo do estereótipo: a periculosidade presumida do sujeito pobre e negro. A falta de vínculos formais de trabalho ou de residência fixa — características comuns em contextos de vulnerabilidade — é traduzida pelo sistema não como uma condição social, mas como um indicativo de risco de fuga, justificando a prisão.

Da mesma forma, a valoração da prova do testemunho policial é um dos mecanismos mais eficientes de naturalização da seletividade. Como demonstra a pesquisa empírica de Mandarinó (2023), as sentenças condenatórias em casos de microcriminalidade operam em uma “espiral argumentativa” que confere ao depoimento dos agentes estatais um status de verdade quase absoluta. A palavra do policial é frequentemente validada com base em argumentos externos ao processo, como a presunção de “boa-fé” e legitimidade dos atos administrativos, transformando “um critério da moralidade ou da administração pública em fundamento jurídico para a condenação penal” (MANDARINO, 2023, p. 192). Em contrapartida, a palavra do réu é sistemicamente desvalorizada, enquadrada como uma mera tentativa de autodefesa. Esse desequilíbrio probatório

cria um cenário de desamparo estrutural para a defesa. Mesmo que o contraditório seja formalmente garantido, a defesa se vê diante da tarefa quase impossível de desconstruir uma narrativa que já ingressa no sistema com um selo de credibilidade, produzida pelo próprio braço do Estado.

Em última análise, a teoria dos sistemas permite uma crítica contundente à ideia de neutralidade do processo penal. O fechamento operacional, que deveria garantir a autonomia do direito frente a pressões externas, funciona na prática como um mecanismo que mascara as estruturas racistas e classistas, permitindo que elas operem sob o véu da tecnicidade jurídica. O sistema não precisa ser *explicitamente* racista; basta que ele seja indiferente ao racismo. Ao se recusar a processar a desigualdade social como uma informação juridicamente relevante, ele a perpetua. A seletividade, portanto, não é uma anomalia a ser corrigida com mais treinamento ou com reformas pontuais. Ela é a consequência lógica de um sistema programado para priorizar a sua própria reprodução em detrimento da justiça social. É um produto funcional, e não disfuncional, de uma máquina que, para continuar girando, precisa eleger os corpos que irá moer.

4 ACOPLAMENTO ESTRUTURAL: POLÍTICA, MÍDIA E O PROCESSO PENAL

A concepção do processo penal como um sistema operacionalmente fechado e autorreferencial não implica, em hipótese alguma, seu isolamento do restante da sociedade. Pelo contrário, a teoria de Luhmann oferece um modelo sofisticado para compreender justamente como o sistema interage com seu ambiente sem comprometer sua autonomia: o conceito de acoplamento estrutural. Essa noção designa as formas de conexão e sensibilidade mútua entre sistemas distintos. Um sistema não importa informações brutas de outro, mas se deixa "irritar" ou "perturbar" pela complexidade do sistema ao qual está acoplado, processando essas perturbações segundo sua própria lógica interna. No contexto do direito penal, essa dinâmica é crucial para entender como sistemas poderosos como a política e a mídia exercem influência sobre as decisões judiciais, não ao "quebrar" o fechamento do direito, mas ao explorá-lo de maneira funcional e seletiva.

O acoplamento estrutural mais evidente do sistema jurídico é com o sistema político. A Constituição Federal, por exemplo, é o principal mecanismo de acoplamento entre direito e política, definindo as regras do jogo para ambos. No âmbito penal, essa conexão se manifesta de forma contínua através da atividade legislativa. Leis que endurecem penas, criam novos tipos penais ou flexibilizam garantias processuais — frequentemente batizadas com nomes de forte apelo popular, como a "Lei dos Crimes Hediondos" — são produtos do sistema político que buscam responder a anseios sociais por segurança. Essas leis, no entanto, não determinam mecanicamente o resultado do processo penal. Elas são recebidas pelo sistema jurídico como uma "irritação" que precisa ser traduzida em sua linguagem. Como aponta o jurista Marcelo Neves, ao analisar a instabilidade

desses acoplamentos na periferia do capitalismo, a política pode produzir uma "constituição simbólica", cujas normas e promessas são seletivamente aplicadas ou neutralizadas pelo sistema jurídico (Neves, 2011). Uma lei "dura", por exemplo, pode ser rapidamente absorvida e aplicada ao público-alvo tradicional do sistema penal, enquanto garantias fundamentais presentes no mesmo texto legal podem ser interpretadas de forma restritiva ou simplesmente ignoradas nas operações cotidianas, evidenciando como o sistema jurídico processa as perturbações políticas de forma a manter sua coerência interna e sua lógica seletiva.

Um segundo acoplamento, de força crescente nas sociedades contemporâneas, ocorre entre o processo penal e o sistema da mídia (*mass media*). A mídia opera com seu próprio código binário — informação/não informação ou relevante/irrelevante — e sua função é produzir narrativas que capturem a atenção do público. O crime, com sua carga dramática de vítima e vilão, é uma matéria-prima de altíssimo valor para o sistema midiático. Em um contexto de "sociedade de risco", a mídia capitaliza sobre a sensação de insegurança, construindo uma realidade na qual o perigo é iminente e a violência é onipresente. Essa construção gera uma forte pressão social por respostas punitivas, transformando a "opinião pública" em um ator relevante que passa a "irritar" constantemente o sistema jurídico. Como destacam Silva e Agustin (2023, p. 14), "o sistema penal recebe as irritações da opinião pública através da mídia e passa a agir no caso concreto com o objetivo de frear o sentimento de insegurança social".

A "espetacularização do processo penal", como descreve o professor Rubens Casara (2015), transforma o julgamento em um produto de consumo, simplificando questões complexas em uma moralidade superficial. O "clamor midiático" gerado em torno de determinados casos funciona como uma perturbação ambiental de alta intensidade para o sistema judiciário. Juízes e promotores, embora devam se guiar pelo código lícito/ilícito, são também observadores do seu ambiente e sensíveis à pressão da opinião pública moldada pela mídia. A forma como o sistema processual absorve essa irritação é reveladora. Ele não adota diretamente a linguagem da mídia, mas traduz a pressão externa para suas próprias categorias. A comoção social gerada pela cobertura intensiva de um crime pode ser convertida na justificativa para uma prisão preventiva, sob o argumento técnico de "garantia da ordem pública". A imagem de "monstro" construída pela mídia sobre um acusado pode influenciar a valoração da prova, tornando mais crível o testemunho da acusação e mais frágil o da defesa.

Essa dinâmica é particularmente visível no Brasil, onde a alta concentração dos meios de comunicação nas mãos de poucos grupos familiares cria um ambiente propício para a disseminação de um discurso único e hegemônico de lei e ordem (Silva; Agustin, 2023, p. 17). Casos emblemáticos, como o desaparecimento de Amarildo de Souza ou a prisão de Rafael Braga,

ilustram essa dinâmica. No caso Amarildo, a intensa mobilização social e a vigilância da mídia "irritaram" o sistema a ponto de forçá-lo a uma resposta que, excepcionalmente, levou à condenação dos policiais envolvidos. Já no caso de Rafael Braga, a irritação midiática inicial, que o pintou como vândalo, facilitou sua condenação, e a posterior mobilização de movimentos sociais em seu favor encontrou um sistema já "fechado" em sua decisão inicial. Isso mostra como a resposta à perturbação depende de qual narrativa o sistema consegue traduzir mais facilmente para sua lógica interna, quase sempre privilegiando aquela que reforça a punição em detrimento das garantias.

Por fim, o acoplamento com a política e a mídia produz um efeito sinérgico que se manifesta através da moralidade pública. A moral, para Luhmann, não é um sistema autônomo, mas um tipo de comunicação que atribui estima ou desestima a pessoas e condutas. Quando a pauta política de "lei e ordem" se encontra com a narrativa midiática do "combate ao crime", elas geram uma onda de comunicação moral que exige a punição exemplar de certos indivíduos. Essa onda moral funciona como um vetor de seletividade, pressionando o sistema penal a dar uma resposta que satisfaça essa expectativa social. O sistema, para se estabilizar e garantir sua própria aceitação (legitimidade), pode alinhar suas decisões a essa moralidade dominante. No entanto, ele o fará sempre através de uma "tradução" para o jargão jurídico, mascarando a influência externa sob o manto da tecnicidade. A decisão que atende ao clamor público é justificada com base na "periculosidade do agente" ou na "gravidade concreta do delito", termos que pertencem ao léxico do direito, mas cujo conteúdo foi preenchido pela pressão moral do ambiente. Conforme concluem Silva e Agustin (2023, p. 18), "o populismo penal midiático funciona como um catalisador para o recrudescimento da legislação penal e para a flexibilização de garantias constitucionais".

Conclui-se, portanto, que o fechamento operacional do processo penal não o torna imune, mas paradoxalmente vulnerável a influências externas de forma seletiva. O sistema não se "abre" para a política, a mídia ou a moral de maneira transparente; ele as utiliza como fontes de irritação que são processadas de modo a reforçar sua própria lógica reprodutiva. O acoplamento estrutural permite que o sistema absorva as pressões ambientais sem sacrificar sua autonomia, mas o faz ao custo de tornar-se um potente instrumento de reprodução de discursos punitivistas e de manutenção da seletividade social. A influência externa não corrompe o sistema; ela é o combustível que o faz funcionar de maneira ainda mais eficiente dentro de seu próprio e excludente programa.

5 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E O PROCESSO PENAL: INTERSECÇÕES COM LUHMANN

À primeira vista, um diálogo entre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e a Criminologia Crítica latino-americana pode parecer um exercício improvável, senão contraditório.

De um lado, temos uma teoria sociológica descritiva, focada na funcionalidade e na autorreprodução dos sistemas sociais, frequentemente percebida como conservadora por sua aparente neutralidade axiológica. De outro, uma corrente de pensamento marcadamente política e prescritiva, que denuncia o sistema penal como um instrumento de opressão, controle e violência estatal a serviço da manutenção de uma ordem social desigual. Contudo, superar essa aparente incompatibilidade revela uma convergência analítica surpreendentemente potente. Enquanto a Criminologia Crítica expõe o *quê* e o *porquê* da seletividade penal, a teoria dos sistemas oferece uma chave para compreender o *como*: os mecanismos internos que permitem ao sistema perpetuar essa seletividade sob um manto de racionalidade técnica e autonomia jurídica.

A Criminologia Crítica latino-americana, representada por autores como Eugenio Raúl Zaffaroni, Salo de Carvalho, Malaguti e Juarez Cirino dos Santos, rompe com a criminologia tradicional ao deslocar o foco do “criminoso” para as próprias agências do sistema punitivo. Para esses autores, o sistema penal não é uma ferramenta neutra que reage ao crime, mas uma estrutura de poder que *constrói* a criminalidade. A seletividade não é um defeito accidental, mas a essência de sua operação. Zaffaroni, por exemplo, descreve o sistema penal como um exercício de poder que, por ser estruturalmente incapaz de processar todos os conflitos que se enquadram na lei, opera necessariamente de forma seletiva e violenta. Essa seleção recai, invariavelmente, sobre os indivíduos mais vulneráveis do corpo social. Nas suas palavras, o poder punitivo “sempre exerceu sua função mais repressiva sobre os seres humanos mais frágeis, os bodes expiatórios de sempre, os estereotipados conforme a necessidade” (Zaffaroni, 2001, p. 28).

Essa leitura da seletividade como uma deliberada política de controle social encontra eco em outros autores. Juarez Cirino dos Santos (2022) argumenta que a criminalização é um processo de definição que reflete as relações de poder e a estrutura de classes, onde os atos da população pobre são definidos como crimes, enquanto os danos sociais causados pelas elites são frequentemente ignorados. Vera Malaguti (2003), por sua vez, analisa como o discurso punitivo no Brasil constrói a figura do “jovem pobre e negro” como o inimigo interno, justificando uma verdadeira “guerra aos pobres” que legitima a violência estatal e o encarceramento em massa. Salo de Carvalho (2013) aprofunda essa crítica ao analisar a “cultura do punitivismo” que impregna o imaginário dos atores jurídicos, tornando-os receptivos a discursos de lei e ordem e resistentes a garantias fundamentais. Para todos eles, o sistema penal não falha em sua suposta missão de combater o crime; ele é perfeitamente eficaz em sua função latente de gerenciar a miséria e reprimir a dissidência dos grupos subalternizados.

É aqui que a teoria de Luhmann, embora partindo de premissas distintas, oferece uma explicação poderosa para a resiliência desse quadro. A convergência entre a crítica criminológica e a

análise sistêmica reside na compreensão da exclusão como um produto funcional, e não como uma falha moral ou política. Onde a Criminologia Crítica vê uma política de controle, a teoria dos sistemas vê a consequência da autopoiese do sistema jurídico-penal. O sistema, para manter sua operação, precisa reduzir a complexidade e o faz através do seu código culpado/inocente. Ele não observa a "injustiça social" ou o "racismo estrutural"; ele observa comunicações que podem ser processadas segundo essa lógica binária. A narrativa de um jovem negro abordado pela polícia sem motivo aparente é rica em complexidade social, mas pobre em informações processualmente "úteis" para o sistema. Já a comunicação "indivíduo encontrado com substância entorpecente" é uma informação simplificada, perfeitamente compatível com o código e que permite a continuidade da operação punitiva. O sistema não seleciona o jovem negro por ser negro; ele seleciona a situação que é mais facilmente "processável", e essa situação, no mundo real, é predominantemente vivida por jovens negros e pobres. O resultado é o mesmo que a Criminologia Crítica denuncia, mas o mecanismo explicativo é a indiferença programada do sistema, e não uma intencionalidade política.

Essa perspectiva sistêmica permite, sobretudo, compreender a notória ineficácia dos discursos de reforma no campo penal. A Criminologia Crítica há décadas denuncia a seletividade e propõe a expansão das garantias e a contenção do poder punitivo. No entanto, o sistema penal parece imune a essas críticas. Luhmann explica esse fenômeno através do fechamento operacional. Discursos externos, como os de direitos humanos ou de justiça social, chegam ao sistema como "ruído" ou "irritação". O sistema pode reagir de duas formas: ou os ignora por não serem traduzíveis para sua linguagem (o apelo à "dignidade" não se encaixa facilmente no código culpado/inocente), ou os "traduz" de forma a neutralizá-los. Uma nova garantia processual, fruto de uma reforma legislativa (acoplamento estrutural com a política), é formalmente incorporada, mas sua aplicação prática é esvaziada por interpretações restritivas que a tornam inócua para o público-alvo do sistema. A audiência de custódia, por exemplo, pensada para conter prisões ilegais, pode se tornar um rito meramente homologatório da prisão em flagrante quando o sistema judiciário continua a operar com base na presunção de credibilidade da palavra policial.

Portanto, articular Luhmann com a Criminologia Crítica não significa abandonar o potencial transformador desta última, mas sim refinar o diagnóstico. A crítica criminológica mostra com clareza a devastação política e social causada pelo sistema penal. Já a teoria dos sistemas mostra por que essa devastação é tão resistente à mudança, revelando que o problema não reside apenas na "vontade política" ou na "falta de conscientização" dos operadores, mas na própria estrutura funcional e autorreferente do sistema. Ele não precisa de operadores cruéis para produzir resultados cruéis; ele precisa apenas de operadores eficientes que cumpram sua função de manter a máquina girando. A luta por um sistema de justiça menos violento e excludente passa, então, não

apenas por denunciar sua seletividade, mas por compreender e buscar formas de romper os ciclos de autorreferência que o tornam imune às demandas por uma justiça mais plural e substancial.

6 POSSIBILIDADES DE ABERTURA SISTÊMICA: LIMITES E PERSPECTIVAS

Após diagnosticar o processo penal como um sistema autorreferencial, funcionalmente fechado e, por consequência, estruturalmente seletivo, emerge a questão mais premente e desafiadora: é possível cogitar uma “abertura” ou “ruptura” em sua lógica? A teoria de Niklas Luhmann, em sua descrição rigorosa da autopoiese, parece conduzir a um certo pessimismo, sugerindo que o sistema sempre tenderá a absorver ou neutralizar as perturbações externas para manter sua estabilidade. No entanto, a própria teoria oferece as ferramentas para pensar em fissuras. Se o sistema é cognitivamente aberto e se acopla ao ambiente, a mudança não viria de uma “invasão” externa, mas de “irritações” tão persistentes, organizadas e intensas que forcem o sistema a criar novas estruturas internas para poder processá-las, alterando, ainda que minimamente, sua própria forma de operar. A investigação sobre as possibilidades de democratização do processo penal passa, portanto, pela análise crítica dos mecanismos — internos e externos — capazes de produzir esse tipo de perturbação qualificada.

Dentro do próprio sistema jurídico, existem atores e institutos concebidos para tensionar a lógica punitivista. A Defensoria Pública, por exemplo, surge como a organização estatal com o mandato constitucional de promover os direitos humanos e a defesa dos necessitados, posicionando-se, teoricamente, como um contraponto à força acusatória do Ministério Público. Através da litigância estratégica, a Defensoria pode selecionar casos emblemáticos para levar aos tribunais superiores, buscando não apenas a solução do caso individual, mas a criação de precedentes que alterem a interpretação de uma norma, forçando o sistema a observar suas próprias contradições. Contudo, os limites são evidentes. A instituição sofre com sobrecarga de trabalho e precarização estrutural, e seus membros não estão imunes à cultura punitivista que permeia o campo jurídico. Muitas vezes, a atuação defensorial é reativa e se enquadra nas rotinas do sistema, em vez de desafiá-las.

Outro mecanismo de “ruptura” interna seriam as reformas processuais garantistas, como a implementação das audiências de custódia. Concebidas para serem um filtro contra prisões ilegais e a tortura, apresentando o preso a um juiz em 24 horas, elas representam uma “irritação” direta na rotina policial e judicial. Na prática, porém, a capacidade de neutralização do sistema se revela poderosa. Pesquisas demonstram que, em muitos contextos, as audiências se tornaram um rito meramente homologatório, onde a palavra do policial continua a ser supervalorizada e a análise das circunstâncias da prisão é superficial. A reforma existe, mas a lógica operativa do sistema — a

presunção de culpa do alvo selecionado — permanece intacta, digerindo a inovação e transformando-a em mais uma etapa do seu fluxo autorreferencial.

Diante dos limites das ferramentas internas, as perturbações mais potentes parecem vir do ambiente externo, de atores que se recusam a falar a “língua” do direito. Os movimentos sociais — como o movimento negro, os movimentos de mães e familiares de vítimas da violência estatal, e os movimentos indígenas — operam a partir de uma lógica distinta. Eles não argumentam primariamente em termos de culpado/inocente, mas de vida/morte, dignidade/opressão, genocídio/direito à existência. Ao organizarem protestos, produzirem dossiês e utilizarem a mídia alternativa, eles criam uma forma de contra-observação: forçam a sociedade e, por consequência, o sistema jurídico a observar não apenas o “crime”, mas o próprio ato de observar do sistema — sua seletividade, sua violência, seu racismo. Essa contra-observação é uma irritação de alta intensidade, pois desafia a autoimagem de neutralidade e justiça que o sistema projeta.

Essa prática se conecta a um projeto teórico e político mais amplo: a disputa por epistemologias jurídicas contra-hegemônicas. Autores como Boaventura de Sousa Santos defendem a necessidade de uma “ecologia de saberes”, que valorize os conhecimentos produzidos nas lutas dos grupos oprimidos — as “epistemologias do Sul” (Santos, 2007). No Brasil, intelectuais como a filósofa Sueli Carneiro (2018) desvelam o que chamam de “dispositivo de racialidade”, que opera como um filtro epistêmico que desqualifica o negro como sujeito de conhecimento e o fixa como objeto do saber do outro. Aplicado ao direito, isso significa que o sistema, em sua pretensa neutralidade, opera a partir de um sujeito universal abstrato que é, na verdade, branco, masculino e proprietário. Reconhecer isso implica trazer para o centro do debate jurídico as epistemologias negras, indígenas e periféricas, que observam o direito não como um pacto social, mas como um legado da colonização e da escravidão. Essa mudança de perspectiva é a forma mais radical de “irritar” o sistema, pois não questiona apenas uma decisão, mas a própria racionalidade que a fundamenta. Quando um advogado argumenta com base na crítica ao dispositivo de racialidade, ele força o juiz a confrontar o fato de que sua “livre convicção” pode estar moldada por vieses que o sistema não reconhece.

Em suma, a possibilidade de uma abertura sistêmica no processo penal deve ser encarada com um realismo crítico. Não se trata de esperar uma “humanização” voluntária ou uma reforma que resolva todas as contradições. A lógica autopoiética sempre buscará a estabilização. A perspectiva de mudança reside na capacidade de produzir perturbações contínuas e coordenadas, que partam tanto de uma atuação combativa *dentro* do sistema (como a Defensoria Pública e a litigância estratégica), quanto, e principalmente, de uma pressão crítica e desestabilizadora *de fora* (movimentos sociais e epistemologias contra-hegemônicas). A abertura sistêmica se apresenta,

assim, como uma hipótese remota, mas politicamente necessária. Trata-se de um horizonte utópico que orienta a práxis, cujo objetivo não é talvez alcançar um sistema plenamente justo, mas, no processo, constranger a sua violência, expor suas contradições e, em cada fissura conquistada, criar espaços para que outras formas de justiça possam respirar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se as análises desenvolvidas na presente investigação, resta revisitar o problema de pesquisa apresentado: a estrutura autorreferencial do processo penal, conforme descrita pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, contribui para a reprodução da seletividade penal e da violência institucional contra grupos socialmente marginalizados? É possível afirmar que a pergunta de pesquisa foi respondida positivamente. Há elementos suficientes para reconhecer e inferir que o processo penal brasileiro, ao operar de forma fechada e autorreprodutiva, se consolida como um instrumento que, sob o manto da neutralidade técnica, perpetua a violação de direitos humano-fundamentais, especialmente quando o réu pertence aos grupos historicamente vulnerabilizados.

Confirma-se, dessa forma, a hipótese orientadora da pesquisa, considerando-se que o fechamento operacional do sistema processual, guiado pelo código binário culpado/inocente, conduz a uma filtragem que sistematicamente rejeita as narrativas e os contextos sociais das populações pobres, negras e periféricas. Esse viés funcional orienta um tratamento violador por parte do Estado-Juiz que, na prática, abandona a perspectiva do garantismo penal — tão presente em um momento de constitucionalização do Direito — para adotar uma postura de indiferença programada, cuja consequência é a produção de desigualdade.

Os direitos humano-fundamentais previstos no texto da Constituição Federal de 1988 e em diversos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro deveriam influenciar na proteção de grupos e indivíduos vitimados por violências estatais. Tais análises críticas sobre o funcionamento do processo penal não devem ser lidas como uma postura permissiva ao agente criminoso, mas como uma preocupação que possa traduzir, dentro de análises sociológicas e jurídicas fundamentadas, como o Direito em uma Democracia Constitucional deve se posicionar. A crítica à violência sistêmica é, em sua essência, uma defesa do próprio projeto constitucional.

A proteção da pessoa humana sem discriminação de qualquer natureza é hoje uma árdua tarefa, mas se fundamenta e é reconhecida pelas normas internas e pelos sistemas internacionais de proteção. O sujeito que pratica um crime é, como demonstrado pela criminologia crítica e pelos mecanismos midiáticos, usualmente eleito como o inimigo da sociedade, que não seria merecedor da tutela de direitos — postura que se revela meramente passional e incompatível com o Estado de Direito. A questão da seletividade penal não se apresenta como tema inédito, mas, ao ser analisada

pela ótica sistêmica, revela-se um fenômeno que precisa ser melhor compreendido em seus mecanismos de reprodução. A análise sistêmica destaca a necessidade de se consolidar mecanismos de proteção não apenas contra atos individuais, mas contra a própria lógica funcional que naturaliza a exclusão e a violência.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro** – Dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

CARNEIRO, Sueli. **Escritos de uma vida**. São Paulo: Jandaíra, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASARA, RUBENS R.R. **Processo Penal do Espetáculo**: Ensaio sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo da sociedade brasileira. Rubens R. R. Casara. 1º ed. – Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARVALHO, Renata de Freitas. A jurisprudência do STF à luz da teoria dos sistemas. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 4, n. 61, p. 779-796, out./dez. 2020.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, v. 16, p. 123-136, 2004.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. **Revista Sequência, Florianópolis**, n. 28, p. 15-29, jun. 1994.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis (RJ): Vozes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática vol. II**: Diferenciação funcional e modernidade. Tradução de Érica Gonçalves de Castro, Patrícia S. Santos. Petrópolis (RJ): Vozes, 2019.

MALAGUTI BAPTISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MANDARINO, Renan Posella. **A recursividade da decisão penal ante o conteúdo argumentativo das sentenças judiciais sobre microcriminalidade**. 2023. 290 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2023.

MANDARINO, Renan Posella. **Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal**. 2016. 266 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2016.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Tirant Brasil, 2022.

SILVA, Rodrigo Diego de Souza da; AGUSTIN, Suelen. A seletividade do sistema penal brasileiro à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista de Estudos Aplicados em Humanidades e em Sociais**, v. 12, n. 32, p. 1-19, 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

PREDIÇÃO E DECISÃO PENAL: PROPOSTA DE UM PROTOCOLO PARA AVALIAÇÃO DO RISCO DE FUGA DE RÉUS ESTRANGEIROS

Arthur Ramos do NASCIMENTO¹

Fernando de Brito ALVES²

Mateus FERRARI³

RESUMO

O objetivo deste artigo é propor um protocolo decisório para avaliar o risco de fuga de réus estrangeiros no processo penal brasileiro, baseado em critérios objetivos. A pesquisa busca responder se é possível integrar ferramentas protocolares e modelos preditivos de forma compatível com as garantias do sistema jurídico brasileiro. Adota-se uma metodologia que inclui análise documental (legislação, decisões judiciais e normas internacionais), estudo de casos em sistemas estrangeiros (EUA, Canadá e Chile), além de revisão crítica da literatura sobre avaliação atuarial de risco. Com base nesses insumos, apresenta-se um modelo de protocolo de Pontuação Total para Risco de Fuga (PTRF). Ainda, detalham-se sete variáveis explicativas utilizadas, como histórico criminal, laços familiares, gravidade do delito e cooperação internacional. Uma matriz de classificação de risco é proposta, com medidas mitigadoras à prisão e de forma proporcional. Por fim, aplica-se a PTRF em um cenário hipotético para demonstrar sua operacionalidade prática. Como contribuição teórica, conecta-se à justiça atuarial com a padronização decisória via protocolos, debatendo desafios e adaptações necessárias. Na prática, sugere-se uma ferramenta objetiva e inovadora no Brasil para auxiliar magistrados na fundamentação de prisões preventivas, visando decisões transparentes e alinhadas aos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: justiça atuarial; comportamento judicial; heurística decisória; risco de fuga; sistema processual penal.

ABSTRACT

The objective of this article is to propose a decision-making protocol to assess the risk of foreign defendants fleeing in Brazilian criminal proceedings, based on objective criteria. The research seeks to answer whether it is possible to integrate protocol tools and predictive models in a manner compatible with the guarantees of the Brazilian legal system. A methodology is adopted that includes documentary analysis (legislation, court decisions, and international standards), case studies in foreign systems (USA, Canada, and Chile), and a critical review of the literature on actuarial risk assessment. Based on these inputs, a Total Flight Risk Score (PTRF) protocol model is presented. In addition, seven explanatory variables are detailed, such as criminal history, family ties, severity of the crime, and international cooperation. A risk classification matrix is proposed, with mitigating measures to imprisonment in a proportional manner. Finally, the PTRF is applied in a hypothetical scenario to demonstrate its practical operability. As a theoretical contribution, it connects actuarial justice with decision-making standardization via protocols, discussing challenges and necessary adaptations. In practice, it suggests an objective and innovative tool in Brazil to assist magistrates in justifying preventive detention, aiming at transparent decisions aligned with human rights.

1 Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Agrário (UFG). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1703887235949215>.

2 Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE/Bauru-SP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1975997868167667>.

3 Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Especialista em Direito Constitucional (CENES). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8301241514542217>.

KEYWORDS: actuarial justice; judicial behavior; decision-making heuristics; escape risk; criminal procedural system.

1. INTRODUÇÃO

Os sistemas jurídico-penais em diversos países enfrentam desafios constantes para conciliar a segurança pública com os direitos humano-fundamentais. Um mecanismo utilizado para garantir a almejada segurança é a restrição da liberdade do acusado, aplicando-lhe uma pena prisional, seja provisória (para assegurar o comparecimento do acusado aos atos processuais) ou definitiva (decorrente de sentença condenatória pelo crime cometido). No Brasil, o juiz de direito é o responsável por avaliar riscos e decretar prisões. Porém, muitas vezes, sua decisão baseia-se em razões extremamente subjetivas, o que acaba por ferir garantias fundamentais.

Todos os seres humanos estão sujeitos às armadilhas cognitivas (heurísticas⁴), como o *viés de confirmação* ou o *viés da ancoragem*, que também afetam pessoas treinadas para decidir - incluindo os próprios juízes de direito. Quando uma decisão envolve a prisão de um indivíduo acusado criminalmente, deve-se maximizar a racionalidade do ato de decidir, para que todos os atores envolvidos (acusação, defesa, réu, vítima e sociedade) compreendam a conclusão jurisdicional, premissa intimamente ligada ao Estado Democrático de Direito (EDD).

Com o intuito de mitigar os efeitos negativos de tais heurísticas decisórias, o campo das ciências humanas e sociais passou a adotar protocolos (ou formulários) de atuação, os quais têm se mostrado uma estratégia importante para orientar práticas institucionais e garantir a proteção de direitos humanos. Dois exemplos brasileiros recentes dessa prática são o *Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial* (CNJ, 2024) e o *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* (CNJ, 2021). Portanto, ganha relevância o desenvolvimento de protocolos formais que orientem juízes e demais autoridades na tomada de decisões de maneira objetiva, fundamentada e alinhada a parâmetros de direitos humano-fundamentais.

Além dos protocolos, sistemas de previsão (ou predição, prognóstico) buscam auxiliar os tomadores de decisão, estimando a *probabilidade do comportamento futuro* de um agente, como por exemplo o grau do risco de fuga, de reincidência delituosa ou não comparecimento ao juízo. Trata-se da chamada *Justiça Atuarial*, um conjunto de práticas orientadas para o enfrentamento da criminalidade, fundamentadas em uma lógica econômica - em referência ao atuarismo praticado por

4 Segundo Kahneman (2012, p. 220), “[a] definição técnica de *heurística* é um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis. A palavra vem da mesma raiz que *heureka*”. Ainda, explica-se que *viés da confirmação* é a tendência de buscar, interpretar e lembrar informações de forma que confirmem as crenças ou hipóteses pré-existentes, ignorando ou desvalorizando evidências contrárias. Quanto ao *viés da ancoragem*, é a tendência de se fixar (ou “ancorar”) excessivamente à primeira informação recebida, mesmo que ela seja irrelevante ou imprecisa, influenciando as decisões posteriores.

empresas de seguros e previdência social (Wermuth; Santos, 2017). Nessa abordagem, a eficácia do controle criminal é buscada sobretudo por meio da *análise estatística* e da *quantificação de riscos*.

Entretanto, essa abordagem preditiva, amplamente utilizada nos Estados Unidos da América (EUA), enfrenta resistência de transposição para o cenário brasileiro. Pesquisas como as de Silva (2020) e Passos (2020; 2021) indicam violações aos direitos à liberdade, à igualdade e ao contraditório dos acusados. Além disso, há índices alarmantes de falsos-positivos e falsos-negativos nos resultados de sistemas atuariais (Rios; Silva, 2021), bem como viés algorítmico quando essas ferramentas são utilizadas em conjunto com a Inteligência Artificial (Barros, 2024)⁵. Assim, o presente artigo tem por objetivo discutir a elaboração conjunta de ferramentas protocolares e atuariais, com as devidas adequações ao sistema jurídico brasileiro.

Há um notório automatismo na necessidade de prender acusados de crimes preventivamente, mesmo quando o crime não envolve violência, armas ou ameaças. Os juízes não dispõem de informações concretas sobre o real risco de fuga de um acusado, ou o risco de não comparecimento às etapas processuais, e consideram apenas a pena em abstrato prevista na legislação. O resultado é uma superpopulação carcerária e o esvaziamento dos efeitos restaurativos da pena. É necessário que os magistrados sejam munidos de informações de qualidade sobre os riscos e, ainda, que haja garantias de eficácia de outros meios de supervisão (medidas alternativas à prisão).

Diante desse quadro, e adotando-se uma metodologia que inclui análise documental (legislação, decisões judiciais e normas internacionais), estudo de casos em sistemas estrangeiros (EUA, Canadá e Chile), além de revisão crítica da literatura sobre avaliação atuarial de risco, o presente artigo explora a criação de um protocolo decisório para orientar magistrados brasileiros na avaliação do risco de fuga (PTRF). Em seguida, examina como critérios objetivos, a exemplo de sistemas de pontuação (*scores*), vêm sendo empregados no Direito Penal de países como EUA, Chile e Canadá, servindo de guia para decisões judiciais, especialmente na decretação de prisões preventivas. Ao final, apresenta um caso hipotético com a aplicação do PTRF desenvolvido para este fim.

2. A IMPORTÂNCIA NA PROPOSIÇÃO DE PROTOCOLOS NO ÂMBITO PENAL: PRISÕES PREVENTIVAS/CAUTELARES E GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS

Protocolos institucionais são instrumentos normativos de caráter orientador, elaborados para guiar os atores judiciais na tomada de decisões de forma padronizada e fundamentada em valores jurídicos (CNJ, 2024). Diferentemente de meras recomendações informais, os protocolos

5 Esse contexto será aprofundado na seção 3.

apresentam diretrizes estruturadas e frequentemente vinculantes, visando assegurar que magistrados(as) considerem determinados aspectos essenciais em suas decisões. Destaca-se sua utilização em vários ramos do direito, de modo que “o protocolo de julgamento orienta a magistratura a considerar aspectos específicos em suas decisões, com o objetivo de promover a igualdade e a não discriminação” (Morais; Martins, 2024, p. 36).

Assim, a função primordial de um protocolo jurídico é padronizar critérios decisórios em prol da justiça material, garantindo coerência e previsibilidade nas decisões judiciais. Essa função orientadora mostra-se particularmente relevante na esfera penal, em que estão em jogo bens jurídicos fundamentais (como a liberdade individual) e onde a discricionariedade judicial, se não balizada, pode resultar em arbitrariedades.

Por exemplo, o *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* (CNJ, 2021) explicita ferramentas conceituais e um roteiro passo a passo para incorporar a perspectiva de gênero nas decisões, buscando concretizar o direito à igualdade material. A ideia central, como expressamente consignado na introdução desse protocolo, é “orientar a magistratura [...] de modo que magistradas e magistrados julguem sob a lente de gênero, avançando na efetivação da igualdade e nas políticas de equidade” (CNJ, 2021, p. 14).

Por isso, a institucionalização de protocolos no âmbito penal tem o potencial de promoção das garantias processuais. Devem orientar à máxima proteção de direitos fundamentais do acusado e à limitação do arbítrio estatal, em consonância com o ideário do Estado Democrático de Direito. A mera existência de princípios legais, como o da presunção de inocência, nem sempre impediu práticas judiciais abusivas (Lopes Jr., 2024; Nucci, 2022), a exemplo do uso excessivo e automatizado da prisão preventiva sem fundamentação concreta, prática essa observada e reiterada à décadas, especialmente, na América Latina (CEJA, 2011, p. 16).

Quanto a prisão preventiva, esta é uma medida cautelar que, se mal fundamentada, afronta diretamente a *presunção de inocência* e a *liberdade individual*. Doutrina e jurisprudência ressaltam o caráter excepcionalíssimo da prisão cautelar, devendo esta ser utilizada apenas como *ultima ratio* (a última opção) do sistema jurídico. Entretanto, esse contexto cautelar não alcança todo o Poder Judiciário brasileiro, onde as decisões não seguem um padrão comportamental quanto as prisões.

É justamente aí que os protocolos podem auxiliar na contenção de abusos e na tutela de garantias. Ao fixar-se critérios claros para decretação da preventiva (por exemplo, exigência de demonstração concreta do *periculum libertatis*⁶ e consideração prévia de medidas cautelares menos gravosas, os protocolos previnem fundamentações genéricas ou preconceituosas. Nesse rumo, o

6 O termo se refere ao *perigo na liberdade* do acusado para a aplicação da lei penal ou para a sociedade, e que deve ser analisado em conjunto com o *fumus commissi delicti* (indício do cometimento do delito – art. 312, CPP).

Manual sobre tomada de decisão na Audiência de Custódia do CNJ (2020), enfatiza que menções vagas à gravidade abstrata do delito ou a estereótipos do infrator não suprem a motivação idônea da prisão cautelar.

Argumenta-se, portanto, que protocolos institucionais poderiam impor que o juiz avalie detalhadamente a presença dos requisitos legais do art. 312 do CPP, coibindo decretos de prisão baseados apenas em pressuposições discriminatórias ou fatores extralegais. Conforme o Prefácio do *Protocolo de Gênero* do CNJ, a aplicação de um referencial protocolar visa exatamente a “não repetição de estereótipos” e a ruptura com culturas de discriminação e preconceitos na prática jurisdicional (CNJ, 2021, p. 7). Ou seja, ao seguir um protocolo, o magistrado adere a uma estrutura de decisão que força a consideração dos direitos humanos pertinentes, reduzindo a chance de violações como detenções arbitrárias e tratamento desigual de minorias.

Porém, na prática, é preciso observar a permissão legal de discricionariedade judicial, garantida pelo princípio do *livre convencimento motivado*⁷. Nesse contexto discricionário, é comum a exigência de certos requisitos personalíssimos (como possuir *residência fixa* ou *emprego formal*) para o magistrado conceder liberdade provisória ou medidas alternativas à prisão. Sem diretrizes objetivas, tais requisitos muitas vezes são utilizados de forma indevida e excludente, servindo de pretexto para manter acusados presos preventivamente sem base empírica de risco processual efetivo.

Essa prática acaba por gerar aparentes tratamentos discriminatórios, presumindo-se, sem evidências concretas, que um indivíduo sem endereço permanente seria um foragido em potencial. Contudo, a evolução jurisprudencial e doutrinária tem tentado repelir esse arbítrio. Decisões de tribunais superiores no sentido de que “a ausência de residência fixa e de comprovação de ocupação lícita não autoriza, por si só, a decretação da medida extrema” (STJ, 2020, p. 1). Observa-se, portanto, que fatores socioeconômicos isolados não podem se converter em sinônimo automático de periculosidade ou risco de fuga.

Essa exigência também é direcionada para *acusados estrangeiros* e, do mesmo modo, a mera condição de estrangeiro do acusado não legitima uma custódia cautelar. Cócolo (2023, s.p.) salienta que “[s]er estrangeiro e não ter ligação com o Brasil não pode ser o único fundamento para justificar prisão preventiva como garantia a segurança de investigações”. Os tribunais revisores (STJ/STF) também orientam o mesmo entendimento, indicando que não cabe prisão preventiva quando “[n]ão foram apontados elementos concretos que pudessem justificar a custódia cautelar. A

⁷ O princípio do *livre convencimento motivado* dos magistrados (art. 93, IV, da CF) é um fundamento do sistema jurídico brasileiro que garante a independência do juiz na análise das provas e na construção de sua decisão. O magistrado tem a liberdade de formar sua convicção com base nas evidências apresentadas no processo, sem estar vinculado a critérios rígidos ou hierarquias de provas, mas deve obrigatoriamente expor os motivos que embasaram o seu julgamento.

decisão [recorrida] está apoiada exclusivamente na ausência de comprovação de endereço fixo e no fato de o paciente, estrangeiro, estar desempregado” (STJ, 2015; 2019; 2023).

Acrescente-se que nessas decisões reformadas pelos tribunais superiores, os decretos de prisão são baseados *unicamente* na origem estrangeira do réu ou na falta de familiares e trabalho no Brasil, sem nenhum dado concreto adicional. Tais fundamentações genéricas violam o princípio da isonomia e do devido processo, configurando *tratamento arbitrário* e *discriminatório* vedado pelo ordenamento (CF, art. 5º, *caput* e XLI).

Este artigo, portanto, reforça que a incorporação de protocolos objetivos confrontaria diretamente tais práticas, ao exigir que critérios de decisão sejam racionalmente justificáveis, em vez de apoiarem-se em impressões subjetivas. Um protocolo de avaliação de risco de fuga poderia elencar fatores concretos a serem sopesados (histórico de comparecimento a atos do processo, existência de extradições pendentes, magnitude da pena em caso de condenação etc.), evitando que o julgador se fixe em aspectos discriminatórios (como nacionalidade ou endereço fixo no Brasil) para decidir sobre a preventiva. Com isso, o espaço para decisões díspares ou preconceituosas se reduz, aumentando a igualdade de tratamento.

A objetividade trazida pelos protocolos também fortalece a motivação das decisões, de maneira que o juiz, ao seguir o protocolo, naturalmente terá de articular sua decisão nos moldes ali previstos, o que induz a fundamentações mais claras e conectadas a dados verificáveis, em lugar de argumentos abstratos (“gravidade em abstrato”, “índole voltada ao crime” etc.).

3. JUSTIÇA ATUARIAL E PREDIÇÃO DE RISCOS: DESAFIOS E CRÍTICAS DE TRANSPOSIÇÃO PARA O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A justiça atuarial refere-se ao uso de métodos estatísticos e algoritmos para *avaliar riscos*, especialmente no campo jurídico-penal⁸, orientando decisões com base em probabilidades de comportamento futuro. Originou-se no sistema norte-americano a partir da década de 1920, quando atores públicos passaram a empregar instrumentos estatísticos na decisão sobre liberdade condicional (*parole*⁹) para prever a reincidência de presos, sendo o “pilar do desenvolvimento da atual proposta de Política Criminal Atuarial” (Dieter, 2012, p. 53).

Os instrumentos atuariais evoluíram desde a década de 1920, inicialmente com variáveis estáticas como idade e antecedentes criminais, passando a incorporar fatores dinâmicos como

8 A especialidade mencionada neste artigo é voltada ao uso atuarial nos EUA, pois no Brasil não existe, por ora, utilização de predição de riscos na esfera jurídico-penal. O debate aqui proposto pretende, justamente, trazer o assunto à tona para apreciação da comunidade acadêmica.

9 O instituto do *parole* refere-se à liberação antecipada de uma pessoa condenada, permitindo que ela deixe a prisão antes de cumprir integralmente a pena imposta na sentença. De modo análogo, com as devidas adaptações ao ordenamento jurídico, pode ser comparado ao *livramento condicional* previsto no artigo 83 do Código Penal brasileiro.

comportamento e uso de drogas e, mais recentemente, algoritmos complexos impulsionados por Inteligência Artificial (IA)

Atualmente, existem cerca de 60 ferramentas atuariais de avaliação de risco nos EUA (Passos, 2020, p. 21), aplicadas em várias fases do processo penal, desde a decisão de fiança até a sentença, com o objetivo de estimar riscos como reincidência criminal ou não comparecimento ao julgamento (*failure to appear* - FTA). Em essência, tais modelos utilizam *variáveis explicativas* (perfil criminal, idade, laços familiares etc.) para prever uma *variável dependente* de interesse (por exemplo, probabilidade de fuga ou de novo delito), quantificando matematicamente o risco de cada acusado.. Em tese, a abordagem atuarial traria neutralidade e objetividade às decisões (por meio de critérios uniformes) e permitiria superar intuições subjetivas ou vieses pessoais dos magistrados. Wermuth e Santos (2017, p. 362), reforçam que se trata de “um conjunto de práticas que visam solucionar o fenômeno da criminalidade apoiadas na lógica econômica”, priorizando cálculos de probabilidade de reincidência em lugar da avaliação individualizada do caso concreto.

Diante desse cenário, a transplantação direta do modelo atuarial norte-americano para o Brasil enfrenta obstáculos jurídicos e práticos. Primeiramente, há tensionamentos constitucionais, pois a utilização de ferramentas preditivas pode colidir com garantias fundamentais como a presunção de inocência, a ampla defesa e o devido processo legal (Silva, 2020; Rios; Silva, 2021). Decisões baseadas em riscos futuros tendem a esvaziar garantias processuais e a antecipar punições sem culpa formada, o que é visto como incompatível com o Direito Penal de ato vigente (funda-se tradicionalmente em fatos passados comprovados, não em profecias de comportamento futuro). Ademais, há possíveis violações ao direito à liberdade e à igualdade quando algoritmos restritivos são aplicados sem cuidado e sem transparência¹⁰, implicando tratamento desproporcional e discriminação direta e indireta contra determinados grupos.

A importação de algoritmos estrangeiros, sem adaptação, poderia gerar resultados imprecisos. De fato, a tese de Marcelo Silva (2020) argumenta pela “incompatibilidade do modelo estadunidense ao direito brasileiro”, pois além da questão legal e principiológica, faltam estudos locais que calibrem os fatores de risco à realidade socioeconômica e criminal brasileira. Sem essa base, o uso de *scores* de risco teria caráter experimental e potencialmente arbitrário.

10 Um exemplo da falta de transparência em ferramentas preditivas é o caso do COMPAS (*Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions*), sistema desenvolvido pela empresa *Northpointe, Inc.* O algoritmo utilizado pelo COMPAS permanece inacessível ao público, sob a justificativa de proteção por direitos de propriedade intelectual. A controvérsia chegou à Suprema Corte do Estado de Wisconsin no caso *State of Wisconsin vs. Eric L. Loomis*, no qual se discutia se o réu teria o direito de acessar o funcionamento interno do algoritmo, com o objetivo de avaliar sua confiabilidade e validade científica, mesmo diante das restrições impostas por normas de proteção à propriedade intelectual. A Corte estadual decidiu manter o sigilo do algoritmo, legitimando a negativa de acesso às informações relativas aos pesos atribuídos às variáveis e à forma de cálculo dos escores de risco. Inconformado, Loomis recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, que, contudo, recusou-se a apreciar a matéria ao negar o *writ of certiorari*, encerrando o processo sem julgamento do mérito (Portilho; Sousa, 2017).

Há ainda preocupações com vieses discriminatórios embutidos nos fatores de risco. Variáveis comumente utilizadas, a exemplo de *desemprego*, *baixa escolaridade*, *histórico criminal em áreas pobres*, funcionam como *proxy* de condição socioeconômica ou raça, podendo reforçar desigualdades. Passos (2021) constatou, ao analisar 24 questionários atuariais dos EUA, que as ferramentas se concentram em um tipo específico de suspeito (pobres e negros) desde a sua concepção, apesar da pretensa neutralidade. Ou seja, perfis marginalizados são rotulados como de maior risco justamente por fatores estruturais (pobreza, inserção em comunidades hipervigiadas) e não por propensão individual ao crime, o que aprofunda a seletividade penal (Wermuth; Santos, 2017, p. 367).

Além disso, há o problema das falsas predições. Ferramentas preditivas invariavelmente cometem erros de *falsos-positivos* (classificar alguém como alto risco sem que venha a reincidir/fugir) e *falsos-negativos* (avaliar como baixo risco alguém que voltará a delinquir ou fugir). Esses erros podem injustamente privar da liberdade acusados que não cometeriam nenhum ato, violando o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, estudos revelam disparidades nos erros quanto ao fator raça. Dressel e Farid (2018, p. 2) analisam o algoritmo COMPAS nos EUA: 44,8% dos réus negros rotulados de “alto risco” não reincidiram (falsos-positivos), contra 23,5% dos brancos; em contrapartida, 47,7% dos brancos de baixo risco reincidiram (falsos-negativos), contra 28% dos negros. Ou seja, quase metade dos negros foi preventivamente detida por engano, evidenciando vieses raciais e falta de acurácia. Esses níveis de erro são próximos ao *cara-ou-coroa* em certos casos (Hamilton, 2015). Em suma, a aplicação do modelo atuarial no Brasil demandaria ajustes constitucionais, desenvolvimento de bases de dados locais e salvaguardas contra discriminação e erros, sob pena de ferir direitos em vez de promover a objetividade pretendida (Silva, 2020; Passos, 2021).

4. DEBATES SOBRE A PREDIÇÃO DE RISCOS, TRANSPARÊNCIA E ADEQUAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO

Diante dessas críticas, há necessidade de mais debates acerca do tema, de cunho propositivo-adaptativo. Propostas de *sistema de pontuação* podem ser desenvolvidas buscando integrar a lógica preditiva em um protocolo decisório formal e transparente, em conformidade com as garantias do ordenamento brasileiro. A exemplo, um questionário estruturado que atribua pontos (positivos, negativos ou neutros) a variáveis indicativas do risco de fuga de um acusado. O enfoque na presente pesquisa, busca detalhar um sistema desenhado para casos envolvendo, especialmente, estrangeiros na fronteira¹¹.

11 O enfoque mencionado não impede a expansão futura da proposta, mas, por ora, restringe-se a analisar o grau do

Diferentemente de um algoritmo opaco, cujo cálculo é inacessível às partes, sugere-se um sistema que explicita cada critério e seu peso (matriz), permitindo controle e contraditório sobre a avaliação do risco. A exemplo da pesquisa de Luz (2025), sugere-se que “por meio de uma metodologia estruturada de pontuação (*scores*), o protocolo busca fornecer uma nota consultiva para auxiliar na fundamentação das decisões judiciais”, tornando-as mais fundamentadas e objetivas (Luz, 2025, p. 216). Em outras palavras, o juiz continua soberano na decisão, porém passa a dispor de um parecer numérico motivado, calculado a partir de *informações verificáveis* sobre o réu.

O sistema proposto dialoga com a lógica atuarial ao prever risco por meio de variáveis objetivas (histórico criminal, laços domiciliares, cooperação internacional), sem abdicar da transparência e do controle legal, garantindo contraditório e fundamentação adequados. Além disso, a proposta desse sistema foi pensada para respeitar o princípio da igualdade, ao não considerar fatores discriminatórios (nacionalidade, raça, religião, condição econômica) e pondera circunstâncias objetivas e individualizadas do acusado, alinhando-se ao que o CNJ e tribunais superiores exigem em termos de fundamentação das prisões preventivas (como mencionado sobre art. 312, do CPP, que exige fundamento concreto do *periculum libertatis*) tanto para brasileiros quanto para estrangeiros.

A disponibilização de informações detalhadas e objetivas sobre o risco de fuga é crucial para embasar a decisão, sobretudo em relação a réus estrangeiros, que frequentemente enfrentam o estereótipo de *alto risco* pela falta de raízes locais. Pesquisas comparadas reforçam essa necessidade. No Canadá, por exemplo, Bronwen Perley-Robertson (2024) identificou críticas de que as decisões de detenção migratória eram opacas e arbitrárias, carecendo de critérios claros. Em resposta, desenvolveu-se uma ferramenta de avaliação de risco chamada *Immigration Risk Assessment for Detention* (IRAD) para padronizar as decisões de manter ou liberar estrangeiros.

Esse instrumento, fundamentado empiricamente, permitiu avaliar de forma mais transparente e defensável fatores como a probabilidade de não comparecimento (*unlikely to appear*) do imigrante diante das autoridades canadenses. Os resultados iniciais foram promissores: o IRAD mostrou concordância elevada entre avaliadores ($ICC^{12} = 0,84$ a $0,94$) e acurácia moderada ao prever ausências aos compromissos ($c-index^{13} \approx 0,65$, isto é, 65% de acerto). Ainda que imperfeito, o caso canadense traz evidências de que munir os agentes decisores com uma

risco de fuga sobre estrangeiro que cometem delitos em região fronteiriça, a exemplo dos estados de Mato Grosso do Sul e Paraná que fazem divisa com o Paraguai.

12 *Intraclass Correlation Coefficient* (ICC) ou Coeficiente de Correlação Intraclass, é uma medida estatística usada para avaliar a confiabilidade ou consistência entre múltiplas medições feitas por diferentes observadores ou instrumentos (Damásio, 2021, n.p.).

13 O *c-index* é a métrica de tamanho de efeito recomendada na avaliação de risco quando o período de acompanhamento é variável, pois leva em consideração o tempo passado na comunidade (Perley-Robertson, 2024, p. 117).

ferramenta estruturada e validada aumenta a consistência das decisões. O resultado é claro, e pode-se afirmar que dotar o magistrado de *dados objetivos* sobre riscos do acusado, em vez de deixá-lo basear-se apenas em impressões, tende a tornar a decisão mais justa e verificável.

Por sua vez, nos EUA, onde avaliações atuariais já são rotineiras na fase pré-julgamento, estudos recentes exploram como as informações de risco são percebidas e utilizadas pelos diversos atores (juízes, promotores, advogados e oficiais *pretrial*). Rodriguez, Lowder e Frye (2025) realizaram um experimento com 298 operadores jurídicos, fornecendo-lhes cenários controlados de réus com indicação de risco de fuga em formatos diferentes (probabilidade única vs. faixa de probabilidades¹⁴). Os achados revelam que a forma de apresentação do risco, por exemplo, dizer que a chance de fuga é de 30% ou indicar uma faixa de 30–50%, não alterou significativamente as decisões dos juízes. Muitos interpretaram subjetivamente o número ou até ignoraram as avaliações atuariais, usando seus próprios critérios de risco¹⁵. Isso sugere que apenas gerar informações não basta, pois é preciso que elas sejam *compreensíveis* e *convincentes* para o tomador de decisão.

Os autores recomendam treinamento dos decisores na interpretação e aprimoramento de dados. Reforçam a importância de protocolos com variáveis explicativas bem definidas¹⁶, que comuniquem o risco de forma clara, com pontuação e justificativas por escrito, facilitando que o juiz entenda o que significa, por exemplo, um *score baixo* (quais fatores contribuíram para ele) e possa questionar ou aceitar essa avaliação de modo informado. Em suma, percepção e comunicação do risco são tão importantes quanto o cálculo do risco em si, pois de nada adianta um algoritmo preciso se seus resultados não forem assimilados corretamente pela autoridade decisora. A objetividade, portanto, não está só nos números, mas na capacidade de traduzi-los em *linguagem jurídica útil*.

Outra referência valiosa vem do *Manual de Serviços Pré-Julgamento* (CEJA, 2011), que sistematiza boas práticas na gestão de medidas cautelares em matéria penal na América Latina. Destaca-se que um dos grandes desafios tradicionais é a “falta de informações de qualidade na

14 Os autores explicam que *probabilidade única* é a atribuição de um valor percentual único de risco de fuga, por exemplo 30% de risco. Já a *faixa de probabilidades* é uma margem percentual que qualifica o risco, por exemplo entre 30% e 50% de risco (Rodriguez, Lowder e Frye, 2025, p. 5-6).

15 A Ciência Política tem desenvolvido importantes pesquisas sobre modelos de Comportamento Judicial, sobretudo o Modelo Estratégico, onde magistrados tomam decisões influenciados pelas mais diversas variáveis. Sugere-se consultar autores como Lee Epstein, Jack Knight e Walter Murphy.

16 Quanto a variável explicativa *residência do acusado*, um dado contrastante na pesquisa de Rodriguez, Lowder e Frye (2025), é que “[o]s laços familiares foram o segundo tema de estabilidade da comunidade mais prevalente, mas uma proporção menor de tomadores de decisões judiciais mencionou os laços familiares (9,1%). Mais especificamente, apenas 7,9% dos oficiais de pré-julgamento, 8,3% dos juízes, 12,6% dos advogados de defesa, 16,7% de outros profissionais do setor jurídico-criminal e um dos 36 promotores (2,7%) mencionaram vínculos familiares. Um número ainda menor de tomadores de decisão mencionou *a moradia do réu* (6,7%), apesar de a moradia ser uma condição importante das condições de liberdade provisória, como a supervisão pré-julgamento” (Rodriguez, Lowder e Frye, 2025, p. 12). Em suma, a *residência do acusado* é uma variável pouco impactante na decisão de prisão de um imigrante, tendo maior impacto os itens *violência do delito* e *histórico criminal*.

audiência de custódia e a ausência de mecanismos para monitorar as medidas alternativas [à prisão]”, o que leva juízes a decidirem muitas vezes com base em generalidades (CEJA, 2011, p. 17). Para suprir isso, recomenda-se a existência de unidades de serviço pré-julgamento, encarregadas de coletar e verificar informações relevantes do acusado antes da decisão sobre prisão.

O Manual detalha procedimentos como a realização de entrevista padronizada logo após a detenção, checagem de dados (por exemplo, contatando familiares ou empregadores para confirmar endereço e trabalho) e elaboração de um relatório ao juiz com *avaliação do risco de fuga* e de *periculosidade do acusado* (CEJA, 2011, p. 54-55). Além disso, enfatiza princípios que esses serviços devem seguir, como presunção de inocência, objetividade, legalidade e proporcionalidade. Ou seja, até mesmo em sistemas parecidos com o brasileiro, já há indicativos de que objetivar o risco requer uma análise multifatorial do perfil do acusado, evitando decisões calcadas apenas em impressões subjetivas ou em um único fator (como a gravidade do delito ou a pena em abstrato).

Diante desse cenário, é possível argumentar que alternativas para o sistema brasileiro existem e são alinhadas, também, às boas práticas internacionais. Por exemplo, entrega voluntária do passaporte do acusado estrangeiro, compromisso de se apresentar periodicamente em juízo ou à polícia, monitoramento eletrônico, fiança ou garantia econômica, e sobretudo o contato com autoridades consulares do país de origem (vide art. 319, CPP). O protocolo-teste idealizado por Luz (2025) incorpora algumas dessas ideias, atribuindo pontuação positiva a iniciativas que demonstrem o comprometimento do acusado com o processo¹⁷.

Em vez de exigir um endereço fixo (o que nem sempre será possível, vide refugiados, moradores de rua, ou mesmo turistas de passagem), o foco deve estar em assegurar mecanismos de contato e vinculação do réu ao processo. Exemplos práticos incluem: *a)* apresentação espontânea à Justiça (réu que se entrega ou comparece após citação); *b)* existência de familiares ou amigos no Brasil dispostos a hospedá-lo e garantirem seu comparecimento; *c)* oferta de endereço alternativo (em país vizinho, com compromisso de extradição simplificada se necessário); *d)* locais de acolhimento municipal para pessoas hipossuficientes¹⁸; dentre outros. Tais soluções concretizam o princípio da proporcionalidade, permitindo que a prisão preventiva seja realmente o último recurso, aplicável apenas quando nenhuma combinação de medidas atenuaria satisfatoriamente o risco de fuga.

5. VARIÁVEIS EXPLICATIVAS E MATRIZ DE CLASSIFICAÇÃO DE RISCO

17 Detalhes do sistema podem ser conferidos na dissertação, referenciada ao final.

18 A título de exemplo, o município de Dourados/MS mantém a Casa da Acolhida, vinculada ao Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), e é considerada uma Unidade de Acolhimento (UA). O local público pode servir como “local certo e definido” para verificação jurisdicional da localização de um acusado estrangeiro hipossuficiente, conta com 36 leitos e oferece alimentação 24 horas.

(ESTRANGEIROS)

Apresentadas as argumentações prévias, vislumbra-se que a legislação processual penal brasileira prevê a possibilidade de prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal, o que abrange prevenir o risco de fuga do acusado. Entretanto, tal risco não pode ser presumido de forma genérica, pois deve estar fundamentado em *circunstâncias concretas*. Como mencionado, os tribunais superiores já decidiram que a condição de estrangeiro residente no exterior, por si só, não justifica a custódia cautelar¹⁹.

Nesse contexto, tratados internacionais ratificados pelo Brasil fornecem instrumentos de cooperação jurídica que podem mitigar o risco de fuga de réus estrangeiros (e esta será uma das variáveis aplicadas, como veremos a seguir). Destacam-se o *Protocolo de San Luis* (Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais no Mercosul, Decreto nº 3.468/2000), a Convenção Interamericana de Assistência Mútua em Matéria Penal (Convenção de Nassau, Decreto nº 6.340/2008) e seu Protocolo Adicional de Manágua (Decreto nº 5.919/2006), bem como acordos bilaterais no âmbito do Mercosul. Tais instrumentos preveem, por exemplo, comunicação consular imediata, cooperação entre autoridades centrais e até um Mandado Mercosul de Captura (Decreto nº 138/2018), facilitando a localização, detenção e eventual entrega de foragidos entre países parceiros.

Por fim, cabe reforçar que, com base nessas normas, a Resolução CNJ nº 405/2021 e manuais de cooperação internacional enfatizam que réus estrangeiros devem ter assegurados direitos como notificação consular e auxílio de intérprete, evitando que a falta de informação ou documentação formal sirva de pretexto para medidas mais gravosas do que as estritamente necessárias. Feitas essas ponderações, variáveis explicativas podem ser utilizadas no sistema protocolar proposto, como veremos a seguir.

5.1 Sete Variáveis Explicativas e Sistema De Pontuação

Definiu-se a *variável dependente* como a probabilidade de *não comparecimento ao processo* (evasão) e sete *variáveis explicativas* baseadas em fatores legais e empíricos (porém, não testados no sistema brasileiro). O protocolo incorpora fatores consagrados em modelos internacionais e recomendações científicas (Rodriguez; Lowder; Frye, 2025; Perley-Robertson, 2024; CEJA, 2011).

Cada variável explicativa é independente e pontuada conforme seu grau de impacto no risco de fuga, com pesos proporcionais e justificativas técnicas para cada valor atribuído. A seguir,

19 Além disso, a Lei nº 12.403/2011 reforçou essa diretriz ao introduzir medidas cautelares alternativas no Código de Processo Penal (CPP, art. 319) e determinar que a prisão preventiva seja utilizada somente quando nenhuma medida menos gravosa for suficiente para mitigar o risco identificado (CPP art. 282, §6º).

detalham-se as principais variáveis e sua pontuação:

a) Histórico criminal: avalia antecedentes e eventuais comportamentos de evasão anteriores. Réu sem antecedentes criminais ou faltas (nenhum registro de condenação ou de não comparecimento) recebe 0 pontos, o que indica *baixo risco* inerente. Antecedentes por delitos não relacionados à fuga (ex.: condenações antigas por crimes sem violência) acarretam 1 ponto, indicando alguma propensão ao desrespeito à lei. Já um histórico de evasão de jurisdição, descumprimento de medidas ou múltiplas condenações recebe 2 pontos, refletindo *risco elevado*, a exemplo de um indivíduo com fuga pretérita.

b) Laços familiares e sociais no Brasil: mede o enraizamento do acusado no território nacional. Presença de familiares próximos ou dependentes no Brasil (cônjuge, filhos, familiares que dependem do réu) indicam compromisso local e rende 0 pontos (pode até reduzir o incentivo à fuga). Ausência de família no Brasil, mas presença de alguns vínculos sociais (amigos ou emprego temporário) resulta em 1 ponto, pois são laços modestos, de *risco moderado*. Se não possui nenhum laço familiar ou social no Brasil, principalmente se família e apoio estão integralmente no exterior, atribuem-se 2 pontos, pois a falta de raízes locais, em tese, influencia a fuga para o país de origem.

c) Residência e estabilidade de domicílio: considera se o réu possui residência fixa no Brasil. Endereço permanente e situação migratória regular (ex.: visto de residência) rendem 0 pontos, pois indicam facilidade de localização e menor propensão a abandonar um domicílio conhecido. Residência apenas no exterior ou instabilidade de moradia no Brasil (ex.: estava de passagem, turista sem endereço fixo) implicam 2 pontos, pois este cenário configura risco significativo, de modo que o acusado pode preferir retornar a seu país, onde tem domicílio estabelecido.

Uma observação importante quanto a essa variável é que *a mera condição de estrangeiro não pontua por si só*; o foco é a situação de residência. Por exemplo, um estrangeiro radicado no Brasil há anos com casa e trabalho estável deve ser tratado similarmente a um nacional no tocante a este fator (0 pontos).

d) Gravidade do delito e pena em perspectiva: reflete o incentivo para fugir em função da pena provável. Crimes de baixa gravidade ou com penas curtas (a exemplo de delitos culposos) recebem 0 pontos, pois a expectativa de punição branda não motiva evasão. Já acusações por crimes de gravidade intermediária (pena potencial moderada, entre 1 e 4 anos) pontuam 1 ponto. Nos casos de crimes graves com altas penas em abstrato (tráfico, homicídio qualificado, organizações criminosas), atribuem-se 2 pontos, dado que a perspectiva de longa reclusão aumenta o risco de fuga para evitar o cumprimento da pena.

Novamente, é preciso cautela quanto a aplicação e fundamentação desta variável. Conforme práticas de fiança, a severidade das consequências penais e a possibilidade de longa pena são fatores relevantes, ainda que não possam ser os únicos argumentos decisórios a serem considerados para avaliar o risco.

e) Declaração formal de comparecimento e garantias prestadas: verifica a existência de compromissos oficiais de comparecimento assumidos pelo réu, defensor ou autoridades do país de origem. Se o acusado firmou, por meio de advogado ou da representação diplomática de seu país, uma declaração de que comparecerá a todos os atos do processo, ou apresentou garantias formais (carta fiança ou termo consular), isso reduz, em tese, consideravelmente a probabilidade de fuga, com pontuação 0.

Ausência de qualquer declaração ou garantia análoga implica 1 ponto, sinalizando que não há vínculo formal que desestime a evasão. Justifica-se essa variável, na medida em que o compromisso formal (especialmente se chancelado por um defensor público ou pela embaixada do país do réu) funciona como *instrumento de confiança mútua e cooperação*, aumentando a responsabilização do acusado perante ambas as jurisdições. Embora não elimine totalmente o risco, serve como sinal de boa-fé e engajamento do acusado com o processo brasileiro, razão pela qual sua existência zera a pontuação desse quesito (ou confere o mínimo) em diversos modelos comparados de avaliação de risco. Salienta-se, portanto, que essa variável é um diferencial apresentado por esta pesquisa, regionalizado e adaptado as necessidades brasileiras.

f) Instrumentos de Cooperação Internacional ativados: considera se foram acionados os mecanismos jurídicos que facilitam a persecução internacional do acusado em caso de fuga. Caso não haja tratados aplicáveis entre o Brasil e o país de origem do réu, ou se nenhum contato cooperativo foi realizado (nenhuma comunicação às autoridades estrangeiras), atribuem-se 2 pontos. A falta de cooperação formal significa que, se o réu fugir, haverá grandes obstáculos para responsabilizá-lo, tornando a evasão mais provável de ser bem-sucedida. Se, por outro lado, há tratados vigentes e já acionados no caso (por exemplo, a autoridade central já comunicou o fato ao país de origem, ou embaixada/consulado acompanham o processo), pontua-se 0.

Situações intermediárias, por exemplo, se existem acordos, mas ainda não houve comunicação consular efetiva, podem receber 1 ponto. Argumenta-se que a existência de assistência jurídica mútua ou possibilidade de extradição diminui o incentivo à fuga, pois o acusado sabe que poderá ser localizado e devolvido ao Brasil (ou ter eventual sentença executada no exterior). No âmbito do Mercosul, o Protocolo de San Luis²⁰ e demais convenções permitem notificações, coleta

20 Recapitulando, trata-se do Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000 (Protocolo de San Luis). Além de outros citados, como o Decreto nº 5.919, de 3 de outubro de 2006 (Convenção de Manágua); Decreto nº 6.340, de 3 de janeiro de 2008 (Convenção de Nassau); Decreto nº 8.331, de 12 de novembro de 2014 (Acordo de Assistência do

de provas e até transferência de pessoas detidas entre países, tornando menos efetiva a tentativa de se refugiar no país de origem.

Ainda, a comunicação consular imediata ao país do réu (exigência do art. 5º, *j*, da Convenção de Viena de 1963, Decreto nº 61.078/1967) e pelas diretrizes do CNJ (art. 7º, II, e art. 8º, IV, da Resolução nº 405/2021) é outra ferramenta importante. Sua ausência não apenas fere direitos do acusado, como também prejudica a confiança entre os países e pode dificultar uma futura cooperação. Portanto, a ativação dessas vias coopera para reduzir o risco e deve ser pontuada favoravelmente.

g) Comportamento e colaboração do réu: avalia a atitude do acusado desde a prisão. Réus colaborativos, que forneceram informações verdadeiras, não demonstraram intenção de fuga durante a prisão em flagrante ou investigação, recebem 0 pontos, pois a cooperação sugere disposição em responder ao processo. Um comportamento evasivo ou indicativo de planos de fuga (ex.: tentativas de ocultar identidade, documentos falsos, resistência significativa à prisão) indicaria necessidade de prudência redobrada, atribuindo-se aqui 2 pontos. Em casos sutis, no caso de um réu não ter colaborado, mas também não ter evidências²¹ de planejar fuga, sugere-se atribuição de 1 ponto.

Embora subjetiva, essa variável baseia-se em *sinais objetivos* colhidos no caso concreto. Por exemplo, apresentar passaporte válido e submeter-se à identificação normalmente é positivo; de outro modo, ser preso tentando transpor fronteira ou portando múltiplas identidades aciona alertas claros de risco ao magistrado. Modelos chilenos recentes (Dolmestch; Tapia, 2024) advertem contra pressupostos generalistas, como a afirmação de que todo estrangeiro indocumentado pretende fugir e recomendam analisar a situação individualmente. Um estrangeiro sem documentos, mas com claros vínculos nacionais e boa-fé, não deve ser equiparado a aquele que permanece clandestino para delinquir. Assim, penaliza-se apenas a *conduta concreta* que eleva a probabilidade de evasão, prevenindo vieses.

Mercosul), e; Mandado Mercosul de Captura (Decreto nº 138/2018).

21 Ressalta-se a exigência legal do art. 312, § 2º, no sentido de que a “[...] prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos...”. Não há espaço para achismos, porém, uma pontuação intermediária pode ser necessária.

Cada variável acima inclui explicações baseadas em evidências (embora ainda não empiricamente testadas no sistema brasileiro) para a pontuação atribuída. Importante, ainda, sopesar as críticas fundamentadas de autores como Wermuth; Santos, 2017; Silva, 2020; Rios; Silva, 2021 na transposição da metodologia preditiva para o sistema brasileiro, desafio este que pretendeu-se mitigar no presente artigo. Busca-se aplicar *elementos objetivamente* relacionados ao risco de não comparecimento, evitando discriminações. Sendo assim, o sistema de pontos aqui articulado visa contrariar a tendência das críticas, com aplicação e exigência decisória em fundamentos concretos.

5.2 Matriz De Classificação De Risco E Medidas Mitigadoras Da Prisão

Após pontuar todas as variáveis pertinentes, o julgador deve somar a pontuação para obter a *Pontuação Total de Risco de Fuga* (PTRF). Com base na experiência prática e na distribuição possível de pontos, estabelecem-se as seguintes *faixas de risco* e recomendações de medidas cautelares correspondentes:

a) Risco inexistente (1-3 pontos): probabilidade de fuga *praticamente nula*. Recomenda-se não manter a prisão preventiva. Nesse cenário, o réu pode aguardar o processo em liberdade, possivelmente com medidas mínimas como termo de comparecimento obrigatório a todos os atos²² e comunicação de qualquer mudança de endereço. A entrega do passaporte (art. 320, CPP) pode nem ser necessária caso outros vínculos assegurem o comparecimento. Medidas sugeridas ao magistrado: assinatura de termo de compromisso de comparecimento e notificação consular para acompanhamento.

b) Risco leve (4-6 pontos): baixa propensão à fuga, porém não totalmente desprezível. Nesses casos, medidas cautelares diversas da prisão devem ser suficientes (art. 319, CPP). Medidas sugeridas: comparecimento periódico em juízo para justificar atividades e comprovar endereço fixo; proibição de ausentar-se da comarca ou do país sem prévia autorização (CPP, art. 319, IV); entrega do passaporte à Justiça (CPP, art. 320). Eventualmente, fiança moderada (aos crimes onde a fiança é cabível – art. 319, VIII, CPP), apenas como reforço financeiro do compromisso e em caso de pessoa não hipossuficiente. Tais medidas resguardam a jurisdição de forma proporcional, pois permitem monitorar o réu e desencorajam viagens clandestinas, sem recorrer à prisão.

c) Risco moderado (7-9 pontos): probabilidade significativa de evasão, porém manejável com controle adequado. Aqui, recomenda-se combinação de medidas cautelares estritas em substituição à prisão, desde que em conjunto mitiguem o risco identificado. Medidas sugeridas: monitoração eletrônica (tornozeleira – art. 319, IX, CPP) para vigilância contínua dos movimentos

22 Exemplos similares já existem no sistema processual brasileiro, a exemplo do art. 327, CPP (comparecimento perante autoridade após pagamento de fiança); art. 310, §1º, parte final, CPP (liberdade provisória mediante termo de comparecimento obrigatório); art. 319, I, CPP (comparecimento periódico em juízo).

do acusado, aliada à retenção do passaporte (art. 320, CPP) e restrição de viagens (não se ausentar da residência por período prolongado sem informar – art. 319, IV). Pode-se determinar recolhimento domiciliar noturno ou nos fins de semana (CPP, art. 319, V) caso se entenda necessário limitar oportunidades de fuga. A articulação com as autoridades estrangeiras deve ser mantida ativa, por exemplo, informar oficialmente a embaixada do país do réu sobre as condições impostas, garantindo cooperação na hipótese de descumprimento. Com essas medidas (vigilância eletrônica e retenção de documentos de viagem), a jurisprudência pátria aponta ser possível atingir a finalidade cautelar de modo menos gravoso do que a prisão preventiva.

d) Risco alto (10-12 pontos): probabilidade muito elevada de fuga. Nessa faixa, somente medidas rigorosas poderiam, em tese, impedir a evasão. A manutenção da prisão preventiva tende a ser recomendada, por se vislumbrar que nenhuma medida alternativa isolada seria suficiente para neutralizar o risco (art. 282, §6º, CPP).

Ainda assim, sugere-se considerar medidas de flexibilização futura. Por exemplo, negociação de garantias diplomáticas (um acordo formal com o país de origem para reconhecimento de decisão ou extradição imediata em caso de fuga). Sugere-se ao magistrado que a prisão preventiva seja mantida, mas, concomitantemente, avaliar a viabilidade de *prisão domiciliar sob vigilância* (art. 317 e seguintes, do CPP) caso o alto risco advenha principalmente de razões de saúde, idade ou outras especificidades mitigáveis nesse formato. Em síntese, risco alto geralmente demanda custódia cautelar direta, tendo em vista a insuficiência das demais salvaguardas.

e) Risco muito alto (13 pontos ou mais): probabilidade de fuga praticamente certa se o acusado for solto. Sugere-se aplicação integral da prisão preventiva sem substituições, pois o quadro indica que nenhuma condição alternativa garantiria sua presença aos atos processuais. Exemplos seriam casos de foragidos internacionais reincidentes, líderes de organizações transnacionais com recursos para fugir, ou ausência completa de qualquer elemento de retenção (nenhuma cooperação possível, identidade incerta, etc.). As medidas sugeridas ao magistrado, além da prisão preventiva, indicam possibilidade de acionar difusões internacionais (como a INTERPOL) e procedimentos de extradição preventiva (se cabível), para que, em havendo fuga, a recaptura seja agilizada. Trata-se de *cenário excepcional*, em que a custódia é praticamente inevitável para assegurar a futura aplicação da lei penal.

Enfatiza-se que a prisão preventiva nas faixas mais elevadas deve sempre ser *fundamentada* pela impossibilidade concreta de se aplicar medidas alternativas (art. 312, § 2º, e art. 315, CPP). O juiz, ao seguir a PTRF, disporá de uma tabela pontuada que justifica tecnicamente por que, por exemplo, no caso de risco alto (pontuação 11, hipoteticamente), o monitoramento eletrônico ou outras medidas não seriam suficientes. Isso confere *transparência* à decisão judicial,

alinhando-a tanto às exigências do CPP²³ quanto às melhores práticas internacionais de necessidade e proporcionalidade.

5.3 Aplicação em um Caso Hipotético e Uso da PTRF

Apresentadas as sete variáveis explicativas e a matriz de classificação, apresenta-se um caso hipotético, onde a *Pontuação Total de Risco de Fuga (PTRF)* será utilizada. A pretensão é trazer mais nitidez do protocolo proposto, de modo que a amostra possa suscitar debate crítico-proposito, buscando o seu aprimoramento teórico, por ora.

Caso hipotético: réu de nacionalidade paraguaia, homem, de 33 anos, sem antecedentes criminais, preso em flagrante no Brasil por transporte de 10 kg de maconha (art. 33, da lei de drogas - tráfico). O réu apresentou comportamento cooperativo durante a prisão, forneceu documento de identidade e passaporte verdadeiros, e não resistiu. Ele reside em Assunção, Paraguai, não possuindo residência fixa ou familiares no Brasil. Conta, porém, com advogado brasileiro constituído, o qual assinou formalmente uma declaração de compromisso de que o acusado comparecerá a todos os atos do processo, com ciência e participação da Embaixada do Paraguai, já comunicada oficialmente sobre o caso. Não há notícia de outros envolvimentos criminais nem de ativação de mecanismos internacionais além da notificação consular de praxe. Aplicando-se a PTRF nesse cenário, têm-se os seguintes fatores variáveis e pontuações (vide seção 5.1 e 5.2):

Variável explicativa	Pontos	Justificativa
(a) Histórico criminal	0	Sem antecedentes criminais ou fuga
(b) Laços familiares/sociais	2	Nenhum vínculo no Brasil
(c) Residência	2	Residência comprovada apenas no Paraguai
(d) Gravidade do delito	2	Pena abstrata elevada pelo crime de tráfico
(e) Declaração de comparecimento	0	Declaração assinada por advogado/Embaixada
(f) Cooperação internacional	0	Tratado de cooperação internacional existente
(g) Comportamento do réu	0	Totalmente cooperativo
TOTAL	6	Risco leve: indica medidas alternativas à prisão

Tabela 1: aplicação da PTRF²⁴ ao caso hipotético. Fonte: os autores (2025).

23 O CPP, desde 2019, taxativamente exige fundamentação idônea nos decretos prisionais. Inteligência do art. 315, § 2º, que descreve seis exemplos de decisão prisional não consideradas válidas. São incisos que apontam decisões desprovidas das características necessárias e aceitáveis no âmbito jurídico-penal.

24 a) Histórico criminal: sem antecedentes ou fuga prévios = 0 pontos (mínimo risco derivado de personalidade ou reincidência específica); b) Laços familiares no Brasil: nenhum, e o acusado não possui família ou dependentes em território brasileiro. Esse fator isoladamente não pode determinar prisão, mas compõe o risco objetivo = 2 pontos (máximo); c) Residência/Domicílio: residência permanente no Paraguai, sem domicílio no Brasil = 2 pontos. Configura situação típica em que o acusado, se solto sem restrições, poderia retornar ao seu país onde já tem casa e suporte; d) Gravidade do delito: tráfico de drogas de médio porte (10 kg de maconha). Trata-se de crime grave, com pena prevista alta (5 a 15 anos reclusão) = 2 pontos (pode incentivar a fuga para evitar longo encarceramento); e) Declaração de comparecimento: existe declaração formal assinada por advogado do réu, com aval consular,

A PTRF poderia recomendar ao magistrado, de forma final, o seguinte: diante do *risco leve* identificado, o protocolo não respalda a manutenção da prisão preventiva desse réu, pois existem medidas cautelares alternativas adequadas e suficientes para gerir o risco de fuga identificado. Seguindo a *proporcionalidade* (art. 282, §6º, CPP) e a vocação internacional de *cooperação*, recomenda-se ao juiz substituir a custódia por um conjunto de medidas cautelares proporcionais: 1) Monitoração eletrônica (art. 319, IX, CPP) do acusado, para assegurar conhecimento em tempo real de seus deslocamentos no Brasil. Medida aplicável dado que o crime imputado é grave, justificando um nível adicional de controle; 2) Entrega do passaporte paraguaio à Justiça brasileira, em até 24h, nos termos do CPP art. 320. Com isso, impede-se legalmente que ele deixe o país via meios regulares (o Paraguai, como Estado vizinho, tem fronteira terrestre extensa, mas a retenção do passaporte ainda assim dificulta viagens internacionais e serve de símbolo de comprometimento); 3) Comparecimento periódico em juízo: impor que o réu se apresente, por exemplo, a cada 15 dias ou mensalmente (art. 319, I, CPP), perante a autoridade designada, comprovando residência temporária no Brasil (pode ser alojado em endereço fixo fornecido pelo advogado) e apresentando relatório de atividades. Essa medida garante supervisão contínua e reforça o vínculo processual; 4) Manutenção da comunicação consular: determinar que a Embaixada do Paraguai seja informada de todas as condições impostas e de eventual descumprimento. Tal transparência assegura que o acusado permaneça sob duplo escrutínio (Brasil e Paraguai).

Com essas medidas cautelares alternativas, reduz-se suficientemente o risco residual de fuga, cumprindo o princípio da proporcionalidade. Um juiz, treinado e munido desse protocolo e da pontuação justificada, poderá fundamentar sua decisão com *objetividade* e *transparência*, demonstrando porque a prisão preventiva não se faz necessária no momento e quais condições assegurarão o comparecimento do acusado. Em suma, mantém-se a ordem jurídica e a cooperação internacional, sem incorrer em encarceramento provisório excessivo ou discriminatório, exatamente como preconiza o Estado Democrático de Direito em contexto globalizado.

CONCLUSÃO

Conjugando-se os protocolos formais, sistema de pontuação, e modelos preditivos atuariais, abre-se caminho para decisões de prisão preventiva mais objetivas, fundamentadas e

garantindo apresentação ao processo = 0 pontos. Tal compromisso oficial mitiga significativamente o risco de não comparecimento, sinalizando ao Judiciário boa-fé do acusado e envolvimento do Paraguai no acompanhamento do caso; f) Cooperação internacional ativada: parcialmente ativada, pois houve notificação consular ao Paraguai informando a prisão e o compromisso assumido. Além disso, Brasil e Paraguai são Partes do Protocolo de San Luis/Mercosul e da Convenção de Nassau/OEA, que preveem auxílio mútuo. A existência de tratados aplicáveis e o engajamento diplomático reduzem o risco de fuga impune = 0 pontos; g) Comportamento do réu: totalmente cooperativo, sem indícios de plano de fuga. Apresentou documentos verdadeiros (identidade e passaporte paraguaio) e acatou ordens, o que sugere não ter intenção manifesta de se evadir = 0 pontos.

alinhadas aos direitos humanos. A formalização em protocolos traz transparência e padronização, reduzindo o espaço para julgamentos pautados por intuições ou vieses inconscientes. Isso aumenta a uniformidade e a racionalidade no Judiciário, fortalecendo a confiança na justiça. Os modelos preditivos, apesar das críticas, quando bem construídos e fiscalizados, aportam dados empíricos que enriquecem a fundamentação e permitem ao magistrado apoiar sua decisão em evidências estatísticas além dos relatos subjetivos. A seção 5 deste artigo apresentou de maneira detalhada as variáveis explicativas escolhidas para compor a PTRF, elaborou uma matriz clara de classificação de risco e indicou medidas proporcionais para cada nível de risco identificado. Ao aplicar-se o protocolo a um caso hipotético, demonstrou-se concretamente como decisões judiciais podem ser estruturadas com maior transparência, coerência e respeito às garantias individuais.

Sob uma perspectiva de direitos humanos, esse equilíbrio é benéfico. Protocolos transparentes e disponibilizados na íntegra às partes processuais asseguram o direito à informação e ao contraditório. Sabe-se exatamente por que um acusado é considerado de risco, evitando decisões secretas ou ininteligíveis. Modelos preditivos, por sua vez, se forem continuamente auditados quanto a vieses e acurácia, podem diminuir discriminações. Por exemplo, retirando do juiz o peso de julgar *pela aparência* (estrangeira, racial ou de gênero) e colocando no lugar critérios objetivos. Evidentemente, é preciso cautela, pois sem supervisão, há risco dessas ferramentas automatizarem preconceitos estruturais. Portanto, a chave está na governança desses instrumentos, de modo que devem ser usados como auxílio e não como oráculo infalível. Quando a pontuação sugere alto risco, isso deve acender uma luz para o juiz, mas não apagar sua obrigação de analisar criticamente se não há medida menos gravosa ou se os dados estão corretos.

Decisões baseadas em risco (em vez de meramente na gravidade do crime ou na capacidade de pagar fiança) podem resultar em mais pessoas aguardando julgamento em liberdade sem prejudicar a justiça. Isso seria um avanço em termos de direitos humanos, pois reduziria o uso excessivo da prisão provisória, que tantas vezes atinge desproporcionalmente os pobres. No Canadá, a pressão por transparência no sistema de detenção migratória levou à criação de ferramentas como o IRAD, aumentando a acurácia das decisões e expondo incoerências antes invisíveis. No Chile e em outros países da América Latina, a introdução de serviços pré-cautelares e protocolos padronizados vêm racionalizando o uso da prisão preventiva, em consonância com o princípio da excepcionalidade dessa medida. Em última análise, uma justiça penal preventiva mais objetiva e protetiva dos direitos humanos não significa uma justiça menos humana.

REFERÊNCIAS

BARROS, Isaías Gutierrez Ribeiro Fernandes de. *A equidade do sistema criminal: uma análise do viés racial no sistema COMPAS com modelos de inteligência artificial*. 2024. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Engenharia Mecatrônica) - Universidade Federal de Santa Catarina, Joinville, 2024. Acesso em: 05 jun. 2025.

CEJA - CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (Chile). *Manual de buenas prácticas para reconocimientos de personas en procesos penales*. Santiago, Chile: CEJA, 2011. 118 p. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/62575>. Acesso em: 05 jun. 2025.

CNJ (Brasil). *Manual de procedimentos de reconhecimento de pessoas: conforme Resolução CNJ nº 484/2022*. Brasília, DF: CNJ, 9 out. 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/10/manual-resolucao-cnj-484-2022-v8-2024-10-09.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2025.

CNJ - (Brasil). *Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia: Parâmetros para crimes e perfis específicos*. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_juridico_2-web.pdf. Acesso em: 05 jun. 2025.

CNJ - (Brasil). *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2025.

CNJ - (Brasil). *Protocolo para julgamento com perspectiva racial*. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/11/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-racial-1.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2025.

CÓCOLO, Victória. *Ser estrangeiro não é fundamento para aplicação de prisão preventiva*. Consultor Jurídico, São Paulo, 21 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-21/ser-estrangeiro-nao-pode-ser-fundamento-para-aplicacao-de-prisao-preventiva/>. Acesso em: 06 jun. 2025.

DAMÁSIO, Bruno. O que é coeficiente de correlação intraclasse? *Blog Psicometria Online*. 2021. Disponível em: <https://www.blog.psicometriaonline.com.br/coeficiente-de-correlacao-intraclasse/>. Acesso em: 07 jun. 2025.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia no fim da história*. 309 p. p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Acesso em: 07 jun. 2025.

DOLMESTCH, Roberto Navarro; TAPIA, Roberto Dufraix. Prisión preventiva para imputados extranjeros. *Portal de Noticias da Universidad Católica del Maule*, Talca, 19 abr. 2023. Disponível em: <https://portal.ucm.cl/noticias/prision-preventiva-imputados-extranjeros>. Acesso em: 07 jun. 2025.

DRESSEL, Julia; FARID, Hany. The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism. *Science Advances*, v. 4, n. 1, jan. 2018. Disponível em: <https://www.science.org/doi/epdf/10.1126/sciadv.aao5580>. Acesso em: 05 jun. 2025.

HAMILTON, Melissa. Adventures in risk: predicting violent and sexual recidivism in sentencing law. *Arizona State Law Journal*, v. 47, p. 1-61, 2015. Disponível em: https://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2015/06/Hamilton_Final.pdf.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. ePUB. ISBN: 978-85-5362-060-9 (e-book). Acesso em: 05 jun. 2025.

LUZ, Mateus Ferrari. *Negação velada de direitos humanos: uma abordagem crítica do comportamento judicial quanto aos paraguaios presos na região de fronteira por tráfico de drogas*. 2025. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) - Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados/MS, 2025. Disponível em: <https://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/bitstream/prefix/6274/1/MateusFerrariLuz.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2025.

MORAIS, Laura Ramos; MARTINS, Natália Luiza Alves Martins. O Protocolo para Julgamento sob a Perspectiva da Infância e da Adolescência como Instrumento de Proteção dos Direitos das Crianças e Adolescentes e de Combate ao Trabalho Infantil. Brasília: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, v. 28, n. 1, p. 148-156, 8 jul. 2024. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/599>. Acesso em: 07 jun. 2025.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão, medidas cautelares e liberdade*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2022.

PASSOS, Iara Cunha. Atribuindo riscos e criminalizando pobres e não-brancos: a determinação de fatores de risco em 24 ferramentas atuariais do sistema de justiça criminal dos EUA. *Revista Mediações*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 659–678, set./dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.5433/2176-6665.2021v26n3p659>. Acesso em: 07 jun. 2025.

PASSOS, Iara Cunha. *Controlando riscos: a construção dos algoritmos de avaliação de risco no sistema de justiça criminal dos EUA*. 2020. 145 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/217457>. Acesso em: 05 jun. 2025.

PERLEY-ROBERTSON, Bronwen. *Immigration Detention and Release Decisions in Canada: Development and Preliminary Validation of a Risk Assessment Tool for Frontline Officers*. 2024. 340 f. Tese (Doutorado em Psicologia com Concentração em Metodologia Quantitativa). *Faculty of Graduate and Postdoctoral Affairs, Carleton University*, Ottawa, 2024. Disponível em: <https://carleton.scholaris.ca/>. Acesso em: 06 jun. 2025.

PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa; SOUSA, Ricardo José Leite de. Desafios de uma sociedade influenciada por algoritmos e inteligência artificial: implicações para o sistema de justiça criminal. In: CELLA, José Renato Gaziero; ROVER, Aires José; GOMES, Fernando Alves Dourado (Coord.). *Direito, governança e novas tecnologias*. São Luís, MA, 2017. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 20-39. Disponível em: <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/mt6m2850/LomY40U62p4udSlZ.pdf>.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Marcelo Cardozo da. Justiça criminal e algoritmos computacionais na predição de comportamentos: exigências constitucionais e impactos discriminatórios a partir da experiência estadunidense. *Revista Judiciária do Brasil*, Brasília, ano 1, n. 1, p. 61–90, jul./dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.77>. Acesso em: 05 jun. 2025.

RODRIGUEZ, Ashley E.; LOWDER, Evan M.; FRYE, Peyton. Risk Perception and Risk Communication: Multi-Actor Perspectives on Pretrial Decision-Making. *Behavioral Sciences & the Law*, [S.l.], v. 00, p. 1-17, jan. 2025. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/bsl.2717>. Acesso em: 05 jun. 2025.

SILVA, Marcelo Cardozo da. Prisão preventiva e reiteração delitiva no paradigma dos instrumentos atuariais de avaliação de risco: a incompatibilidade do modelo estadunidense ao direito brasileiro. 2020. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.25651.25127>. Acesso em: 05 jun. 2025.

STJ - (Brasil). *Habeas Corpus n. 331.750/SP*. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 23 nov. 2015. Acesso em: 05 jun. 2025.

STJ - (Brasil). *Habeas Corpus n. 499.825/SP*. Rel. Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 19 ago. 2019. Acesso em: 05 jun. 2025.

STJ - (Brasil). *Habeas Corpus n. 540.312/SP*. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 4 fev. 2020. Diário da Justiça Eletrônico, 10 fev. 2020. Acesso em: 05 jun. 2025.

STJ - (Brasil). *Habeas Corpus n. 869.339/SP*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 14 nov. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, 15 nov. 2023. Acesso em: 05 jun. 2025.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; SANTOS, André Leonardo Copetti. Direitos humanos, política criminal atuarial e a predição seletiva de “grupos de risco”: rumo à *Elysium* prometida? *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 4, n. 9, p. 360–382, set./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44790/28839>. Acesso em: 05 jun. 2025.

REFLEXÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO PENAL E A CRIMINALIDADE CONTRA A MULHER COM AUXÍLIO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Matheus das Neves VIDAL¹

RESUMO

Na sociedade contemporânea, novas formas de crimes têm surgido, impulsionadas pelos avanços tecnológicos, internet e inteligência artificial, trazendo desafios inéditos ao Direito Penal e à proteção das vítimas. Entre os grupos mais vulneráveis e frequentemente atingidos estão mulheres, crianças e idosos, sendo que, no ambiente doméstico ou familiar, as mulheres continuam sofrendo violências físicas, psicológicas e patrimoniais. O aperfeiçoamento da inteligência artificial tem gerado ferramentas que facilitam crimes contra mulheres, como manipulações de imagem, áudios e conteúdos falsos (deepfakes), usadas para chantagem, extorsão e violência psicológica, afetando gravemente sua dignidade e honra. Este artigo científico propõe analisar a evolução histórica da violência contra a mulher e examinar o atual arcabouço legislativo brasileiro voltado ao seu enfrentamento, incluindo novas leis e projetos em tramitação, além de apresentar os tipos de crimes que vêm sendo cometidos com auxílio da IA. Também pretende demonstrar, com base em dados estatísticos e estudos recentes, a dimensão dessa problemática e explicar como a tecnologia tem sido empregada para viabilizar tais delitos. Por fim, busca refletir sobre possíveis soluções para mitigar esse fenômeno, considerando tanto medidas legislativas, quanto ações de caráter preventivo e educativo, que promovam maior segurança e proteção das mulheres. O estudo adota o método dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica e documental, analisando legislações, doutrinas e artigos de autores renomados, de modo a oferecer uma visão crítica e aprofundada do tema, destacando a necessidade urgente de regulamentação da inteligência artificial para conter essas novas manifestações de violência.

PALAVRAS CHAVE: Violência. Inteligência Artificial. Crimes Contra a Mulher. Regulamentação. Criminalidade.

ABSTRACT

In contemporary society, new forms of crime have emerged, driven by technological advances, the internet, and artificial intelligence, posing unprecedented challenges to criminal law and victim protection. Among the most vulnerable and frequently affected groups are women, children, and the elderly, and in the domestic or family environment, women continue to suffer physical, psychological, and financial violence. The advancement of artificial intelligence has generated tools that facilitate crimes against women, such as image manipulation, audio manipulation, and fake content (deepfakes), used for blackmail, extortion, and psychological violence, seriously affecting their dignity and honor. This scientific article analyzes the historical evolution of violence against women and examines the current Brazilian legislative framework aimed at addressing it, including new laws and bills currently under consideration. It also presents the types of crimes being committed with the aid of AI. It also aims to demonstrate, based on statistical data and recent studies, the scale of this problem and explain how technology has been used to facilitate such crimes. Finally, it seeks to reflect on possible solutions to mitigate this phenomenon, considering both legislative measures and preventive and educational actions that promote greater safety and protection for women. The study adopts a deductive method, based on bibliographic and documentary research, analyzing legislation, doctrines, and articles by renowned authors, in order to offer a critical and in-depth perspective on the topic, highlighting the urgent need for regulation of artificial intelligence to curb these new manifestations of violence.

1 Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail matheusvidal@toledoprudente.edu.br

KEYWORDS: Violence. Artificial Intelligence. Crimes Against Women. Regulation. Criminality.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, observa-se o surgimento constante de novas modalidades de crimes e delitos, muitas vezes potencializados ou mesmo possibilitados pelo avanço das tecnologias, do uso da internet, da inteligência artificial e de outros recursos digitais. Este cenário transforma não apenas a forma de execução dos crimes, mas também amplia seus efeitos e consequências, gerando novos desafios para o Direito Penal e para a proteção das vítimas.

Entre os grupos historicamente mais vulneráveis e que permanecem como principais alvos dessas práticas criminosas estão as mulheres, as crianças, os idosos, entre outros. No contexto doméstico ou familiar — seja ele tradicional ou configurado de outras maneiras na sociedade moderna — as mulheres continuam sendo vítimas de diferentes formas de violência, que incluem agressões físicas, psicológicas e patrimoniais.

Com a popularização e o aperfeiçoamento da inteligência artificial, surgem novas ferramentas que, infelizmente, têm sido utilizadas como instrumentos para a prática de crimes, especialmente contra as mulheres. Tecnologias capazes de manipular imagens, áudios ou até mesmo criar conteúdo falso — como as chamadas deepfakes — têm servido de meio para chantagens, extorsões, obtenção de vantagens econômicas e, sobretudo, para a intensificação da violência psicológica, afetando diretamente a dignidade e a honra da mulher.

Diante desse cenário, o presente artigo científico tem por objetivo discutir e esclarecer aspectos relevantes relacionados a essa temática, abordando desde a evolução histórica da violência contra a mulher até o atual arcabouço legislativo que busca preveni-la e combatê-la. Pretende-se apresentar ao leitor um panorama abrangente, que incluirá a análise de novas leis e projetos de lei voltados ao tema, os principais tipos de crimes praticados com o uso da inteligência artificial, bem como as formas como esses delitos têm ocorrido.

Além disso, serão apresentados dados estatísticos e estudos recentes que demonstram a dimensão e a gravidade da problemática, contextualizando a forma como a inteligência artificial vem sendo empregada como instrumento de violência. Por fim, discutir-se-ão possíveis caminhos para enfrentar esses novos desafios, analisando propostas legislativas, soluções jurídicas e medidas sociais que podem contribuir para a redução e prevenção da violência contra a mulher mediada por tecnologias.

O método utilizado neste estudo será o dedutivo, pautado em pesquisa bibliográfica e documental, por meio do exame de legislações pertinentes, doutrinas consagradas, artigos

científicos de autores renomados, com o objetivo de proporcionar ao leitor uma análise crítica e aprofundada sobre o tema.

2 BREVE PANORAMA HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Desde os tempos primórdios é unanimidade o entendimento de que o sexo feminino sofre com diversos tipos de ilegalidades, constrangimento, humilhações e demais atitudes tortuosas. A violência contra a mulher é presente em vários contextos, nações, etnias, culturas.

Em tempos antigos a mulher era relegada como um ser inferior, submetida a autoridade patriarcal, na figura do pai antes do casamento e ao marido após o casamento. A título de exemplo do modo diferente de tratamento para as mulheres, a lei das XII Tábuas, elaboradas por volta de 450 a.C em Roma, permitia o marido retirar a vida da mulher flagrada em adultério.

Tal violência é apontada em sua maioria sobre a vertente familiar. “Historicamente as mulheres estiveram submetidas à violência, principalmente aquela perpetrada por seus companheiros íntimos. Pode ser entendida como aquela que fere, ofende, subjuga, maltrata, humilha e viola os direitos das mulheres” (Castanho, p. 03, 2023).

No Brasil, a cultura patriarcal possuiu influência da cultura Europeia que a trouxe para a sociedade brasileira por meio da colonização. Decorrente deste cenário, com o passar do tempo a mulher começou a servir a casa e família, tendo maiores características domésticas, enquanto o homem se dedicava ao trabalho.

Durante anos a desigualdade de gênero foi verificada na sociedade, como o Código Civil de 1916 a qual estabelecia a mulher como incapaz, devendo ter autorização do marido para diversas situações, como trabalhar ou receber herança.

O século XIX teve como marco importante para a igualdade entre homens e mulheres a constitucionalização dos direitos humanos e maiores estudos sobre a crescente violência contra o gênero feminino. Contudo, apesar da violência supramencionada sempre ter feito parte da sociedade mundial, no contexto brasileiro os direitos referentes a mulher foram conquistados com movimentos sociais intensos. A título exemplificativo, o direito ao voto apenas foi conquistado em 1932. A lei Maria da Penha foi sancionada em 2006, visando a proteção das mulheres após a mulher que confere nome a lei ser perseguida e torturada por seu marido. A lei do minuto seguinte foi sancionada em 2013, visando dar atendimento médico imediato e gratuito a vítimas de violações sexuais. A Lei Carolina Dieckmann, sancionada em 2013 protege a privacidade em meio digital, após a atriz que confere nome a esta lei ter fotos nuas vazadas na internet.

Visando combater as atrocidades sofridas por tal gênero, políticas públicas e novas legislações são feitas constantemente no ordenamento jurídico brasileiro, visando apurar, mitigar e

punir os infratores. Entretanto, pontos merecem destaque e serão melhores explorados a seguir.

2.1 Crimes Contra A Mulher no Contexto Recente do Ordenamento Jurídico

Contemporaneamente, a criminalidade contra a mulher possui aspectos ligados a situações diversas, indo além da sociedade patriarcal, tendo violências pelo fútil motivo da mulher ser mulher. Por este motivo, movimentos sociais para a proteção a mulher foram criados na sociedade brasileira, visando a proteção ao sexo feminino e punição dos infratores.

A lei Maria da Penha (11.340/06) é o principal conjunto legislativo de proteção a mulher vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Logo em seu artigo inicial é disposto sobre a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Posteriormente, em seu segundo artigo, garante a proteção a toda mulher, sem discriminação. Ao que tange o artigo terceiro, assegura direitos sociais e direitos a dignidade humana, como saúde, segurança, educação, cultura e demais elencados.

A lei supramencionada possui acuidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois se deu com lutas provenientes da constata violência sofrida pelas mulheres no contexto familiar, como a própria Maria da Penha que passou por experiências devastadoras em seu núcleo familiar. Além do mais, a lei Carolina Dieckmann, trouxe proteção as mulheres em relação aos meios digitais.

No ano de 2018, a lei 13.772 incluiu o inciso II no artigo 7º da lei Maria da Penha, conceituando a violência psicológica contra a mulher. Posteriormente, no ano de 2021, a lei 14.132 alterou o Código Penal e inseriu o artigo 147-A, tratando do crime de stalking (perseguição). No mesmo ano ainda foi criada a lei Mariana Ferrer (lei 14.245), com o intuito da criação de Delegacias e Varas Judiciais especializadas em violência doméstica contra a mulher.

Recentemente, no ano de 2024, foi sancionada a lei 14.994/2024, conhecida comumente conhecida como pacote antifeminicídio, criado para majorar as penas de crimes praticados contra a mulher, bem como, transformou o feminicídio em um crime autônomo. No ano de 2025, foram sancionadas a lei 15.123, visando majorar a pena de violência psicológica contra a mulher com o uso de inteligência artificial ou recurso tecnológico. Foi ainda sancionada a lei 15.125, visando sujeitar o agressor a monitoramento eletrônico em caso de aplicação de medida protetiva de urgência para casos de violência contra a mulher.

Nesta seara, várias legislações foram criadas ao longo do tempo para buscar inibir a violência contra a mulher.

2.2 Tipos de Violência Contra a Mulher

Preliminarmente, violência é um termo conceituado em dicionários como sendo o ato que

age com força, constrangimento físico ou moral, opressão por uso da força, tirania e demais situações. Em relação a mulher, a violência é variada, sendo de violência doméstica até violência obstétrica.

A Convenção de Belém do Pará conceitua violência contra a mulher em seu artigo 1º, onde diz “Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (Brasil, 1996).

O artigo 5º da lei Maria da Penha adverte as situações que caracteriza a violência doméstica contra a mulher como sendo: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (Brasil, 2006).

Por base neste artigo, é verificado que a violência não presume apenas seu modo físico, mas também o psicológico, moral e patrimonial. Tais tipos de violência são enquadrados em ações ou omissões diversificadas. Exemplo dessa diversificação é o crime de violência psicológica contra a mulher disposto no artigo 147- B do Código Penal. O autor Victor Eduardo Rios Gonçalves, adverte que, (Gonçalves) este artigo abarca nove formas em que o agente pode causar dano emocional a mulher, como sendo, a ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir, ou qualquer outro meio que cause prejuízo a saúde psicológica. E, ainda é causa de aumento de pena se tais ações forem feitas com uso de inteligência artificial.

O artigo 7º da LPM elenca em seus incisos as formas de violência familiar contra a mulher, abordando a violência física (inciso I), violência psicológica (inciso II), violência sexual (inciso III), violência patrimonial (inciso IV) e violência moral (inciso V).

São múltiplos os modos de violência contra a mulher e no mundo contemporâneo o modo com a qual são caracterizados está em constante inovação, comboiando com a inteligência artificial que é usada para a prática destes delitos.

3 USO DA IA NA CRIMINALIDADE ATUAL

O termo “IA”, usado popularmente para se referir a Inteligência Artificial, recebeu maior visibilidade na contemporaneidade. Entretanto, tal termo faz parte da sociedade desde as premissas da década de 1940, época em que surgiu os primeiros computadores e máquinas capazes de fazer tarefas humanas.

Posteriormente, foram feitos experimentos com a IA, como os Softwares de damas que foi um programa de computador criado para jogar damas e aprender sozinho. Anos mais tarde surgiu o

projeto Dendral, visando aplicar a Inteligência Artificial na área da saúde.

Subsequentemente, após o período supramencionado o estudo teórico sobre a IA se alteraram para aplicações práticas e desenvolvidas, onde as máquinas passaram a ter capacidade de processar conjuntos robustos de dados, permitindo o funcionamento de algoritmos e por decorrência atualmente a IA consegue fazer o reconhecimento de imagens, processamento de dados, automação de processo e celeridade de pesquisas, auxiliando a unanimidade da população com acesso a tais recursos.

Inclusive, a Inteligência Artificial é apoio para o Processo Penal nas investigações, colheita de provas, confecções de peças processuais e demais. Os autores, Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto e Jozelia Nogueira, asseveram que:

No direito processual penal há uma infinidade de possibilidades de uso de ferramentas que se fundamentam na IA. Desde o auxílio na confecção de petições e contratos inteligentes, além de pesquisa e adequação da jurisprudência ao caso concreto, até em situações mais complexas, como na atividade policial, para prever e impedir o cometimento de infrações de forma objetiva e científica, mediante dados estatísticos concernentes a crimes de ocorrência comum, por exemplo, e na atividade judiciária, na produção de provas, fixação de penas e concessão de liberdade provisória. (Pinto e Nogueira, p. 71, 2023).

Apesar possuir uma face esplendida, a IA carrega desafios profissionais, éticos, morais e ameaças para a sociedade, como seu uso na criminalidade atual. Exemplo disso é a criação de conteúdo pornográfico falso, criação de notícias falsas, estelionato digital com uso de imagem e voz falsos e demais crimes.

A criação de conteúdo pornográfico artificial por exemplo causa efeitos maléficos na sociedade. Segundo Frederico Cattani, “A pornografia artificial gera impactos sociais significativos, contribuindo para a disseminação de conteúdos inadequados e alimentando uma cultura que passa a normalizar a falta de consentimento de suas vítimas” (Cattani, n.p, 2024).

No contexto da violência contra a mulher, a criação de conteúdo pornográfico falso com a intenção de macular a imagem da vítima, bem como, a mesma criação com a intenção de obter vantagem indevida, chantagem ou violência psicológica são crimes que estão se tornando comuns no cotidiano do ordenamento jurídico brasileiro e mundial.

Além do mais, a criminalidade contra a mulher com a inteligência artificial promove maior possibilidade de efetuar crimes já previstos na legislação, como a título de exemplo a violência psicológica. Atualmente é simples usar a IA para fazer deepfakes para fins de causar dano emocional a mulher ou para obter vantagem econômica.

3.1 Dados Sobre os Crimes Contra a Mulher

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), até o final do primeiro semestre de

2025 existem 258.357 medidas protetivas concedidas, sendo o Tribunal de Justiça de São Paulo com o maior número, equivalendo ao total de 73.816 medidas.

Com relação a casos envolvendo violência doméstica são 1.362.446 casos, sendo que em 2025, foram julgados 242.883. Já a taxa de feminicídios é em torno de 13.206 casos, sendo 4.852 julgados em 2025. E, atualmente, existem 153 Varas e Juizados exclusivos para casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ao tratar sobre dados de violência contra a mulher, o Atlas do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2025 dispõe que:

Em primeiro lugar aparecem as violências físicas, representando 37,4% dos registros. Em segundo colocado aparecem os casos de violências múltiplas, ou seja, casos nos quais a vítima apresentou sinais de mais de uma forma de violência, como física e psicológica, ou sexual e negligência. Em terceiro lugar aparecem os casos de negligência, com 12% dos registros, e na sequência as violências psicológicas, com 10,1% dos casos. (Atlas, p.66, 2025).

Com base nos dados disponibilizados pelo CNJ e no referido Atlas, é possível identificar a ampla proporção dos casos envolvendo crimes contra a mulher na sociedade brasileira, tendo os casos de múltiplas violências (física, verbal, psicológica) como o segundo tipo de violência contra a mulher mais vezes praticado.

Tais números são reflexos de fatores diversos como a cultura social, histórica, elevação do discurso de ódio e extremo conservadorismo atual, bem como, desigualdade de gênero.

4 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NO CONTEXTO DA IA

Contemporaneamente, tem-se discutido a violência psicológica contra a mulher, sendo isso uma situação que ocorre na sociedade constantemente desde os tempos antigos, mas atualmente é caracterizado como crime. Segundo a legislação penal brasileira, considera-se violência psicológica:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação: (Brasil, 1940).

O referido crime tem por objetivo proteger a saúde física da mulher e suprir a lacuna jurídica que era existente entre a tipificação da violência física e a psicológica. Segundo o autor André Estefam:

O tipo penal visa proteger a integridade psíquica da mulher, seu bem-estar psicológico, sua autoestima e, ainda, sua liberdade e capacidade de autodeterminação. A inclusão no Código Penal da nova figura penal se deu para suprir lacuna existente no ordenamento jurídico, no sentido de não criminalizar a violência na esfera estritamente psíquica, salvo quando causasse alguma doença mental, hipótese em que poderia se subsumir ao artigo 129 do Código. (Estefam, p. 349, 2024).

Tal crime possui o condão de ser feito de modo verbal ou virtual. Um de seus verbos é a chantagem e ridicularização e ambos podem ser feitos com auxílio da inteligência artificial. Exemplo disso são as “deep fakes”, sendo termo relacionado a identidades falsas criadas com o uso de dados e inteligência artificial.

Segundo Michel K. Spencer, “Deepfakes são, essencialmente, identidades falsas criadas com o Deep Learning [aprendizagem profunda, por meio de uso maciço de dados], por meio de uma técnica de síntese de imagem humana baseada na inteligência artificial” (Spencer, 2019).

A Lei nº 15.123/2025, recentemente sancionada, introduziu maior rigor nas sanções penais destinadas a coibir o uso de recursos de deepfake para a prática de crimes contra a mulher, especialmente no âmbito da violência psicológica. Essa medida legislativa reflete a crescente preocupação do ordenamento jurídico com os avanços tecnológicos e suas potenciais consequências nocivas quando empregados de forma abusiva.

A título ilustrativo, pode-se imaginar a situação de um casal que, durante o processo de dissolução do vínculo conjugal, vivência episódios de intensa beligerância, caracterizados por discussões acaloradas e conflitos reiterados. Nesse contexto, o ex-marido, movido por sentimento de retaliação ou desejo de vingança, utiliza ferramentas de inteligência artificial para manipular imagens da ex-esposa, distorcendo ou recriando sua aparência de modo a expô-la ao ridículo perante terceiros. Tal conduta, além de atentar contra a dignidade da vítima, configura evidente forma de violência psicológica, pois busca abalar seu equilíbrio emocional e degradar sua autoestima.

O uso inadequado de deepfakes e demais tecnologias de inteligência artificial permite a criação de conteúdos falsos extremamente verossímeis, incluindo imagens íntimas, áudios comprometedores e vídeos adulterados. Essa manipulação digital, muitas vezes imperceptível ao olhar leigo, amplia de maneira significativa o potencial ofensivo das práticas criminosas, potencializando danos que transcendem a esfera individual da vítima.

De forma direta, a mulher exposta a tais conteúdos pode sofrer constrangimento, humilhação pública e sofrimento psíquico intenso, em virtude da deturpação de sua imagem e da consequente violação de sua honra subjetiva. Já de maneira indireta, as consequências podem repercutir de modo ainda mais amplo, atingindo a sua reputação profissional, gerando afastamento de redes de apoio, rupturas de relações familiares e prejuízos irreversíveis para sua vida social.

É importante destacar que tais práticas criminosas encontram respaldo punitivo não apenas na Lei nº 15.123/2025, mas também no arcabouço normativo já existente, como a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que reconhece e combate a violência psicológica como forma

autônoma de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse sentido, a legislação brasileira busca acompanhar a evolução tecnológica, prevenindo novas modalidades de agressão que, embora virtuais, têm efeitos concretos e devastadores na vida das vítimas.

Assim, observa-se que o desafio contemporâneo do Direito Penal e das políticas públicas de proteção à mulher não reside apenas na repressão formal dessas condutas, mas também na conscientização da sociedade acerca dos riscos envolvidos no uso irresponsável de tecnologias digitais. É imprescindível promover uma reflexão crítica sobre os limites éticos da inteligência artificial e a necessidade de responsabilização eficaz daqueles que a utilizam como instrumento de violência e dominação.

4.1 Violências Patrimoniais com a Inteligência Artificial

A violência contra a mulher, em suas múltiplas manifestações no contexto contemporâneo, pode ser potencializada pelo uso indevido de tecnologias avançadas, especialmente da inteligência artificial (IA). Essa realidade representa um novo desafio para o Direito Penal e para os mecanismos de proteção, que precisam acompanhar a evolução tecnológica a fim de resguardar de forma eficaz os direitos fundamentais das mulheres.

No campo patrimonial isso pode ocorrer com por exemplo o uso de uma imagem falsa criada pela inteligência artificial, onde o criminoso usa deste artifício para extorquir a vítima a pagar quantias financeiras, delito este do artigo 158 do Código Penal.

As ferramentas de inteligência artificial podem ser empregadas para enganar a vítima, induzindo-a a erro mediante fraudes complexas, o que caracteriza o crime de estelionato, tipificado no artigo 171 do Código Penal. Tais fraudes podem incluir a criação de identidades virtuais falsas, simulação de mensagens, áudios ou vídeos adulterados, tornando a mulher vulnerável a prejuízos patrimoniais expressivos.

No que tange a violência patrimonial contra a mulher, pode por exemplo ocorrer ao usar da IA para enganar a vítima, produzindo fraudes contra seus bens ou usando da IA para controlar as ações da vítima a ponto de a impedir de cuidar de seu próprio patrimônio.

No âmbito específico da violência patrimonial contra a mulher — modalidade prevista expressamente na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) — o uso da inteligência artificial pode assumir contornos ainda mais graves. O agressor pode utilizar essa tecnologia para controlar os atos da vítima, monitorar suas transações financeiras, falsificar documentos ou registros eletrônicos, ou mesmo criar obstáculos que a impeçam de administrar seu próprio patrimônio. Essas práticas configuram formas de dominação e subjugação que afetam diretamente a autonomia econômica da mulher, reforçando a desigualdade de gênero.

Sob uma perspectiva criminológica, observa-se que o uso da inteligência artificial para a prática de crimes patrimoniais contra a mulher revela não apenas sofisticação tecnológica, mas também um aprofundamento das relações de poder e violência.

5 O ESFORÇO LEGAL E A REGULAÇÃO DA I.A

Com a análise do conjunto legislativo em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei Maria da Penha, as alterações no Código Penal (crime de perseguição, a lei 14.994/2024- pacote antifeminicídio, lei 15.123/2025, 15. 125/2025 e as legislações extravagantes) é possível verificar um esforço legislativo para a mitigação dos crimes contra a mulher.

Ademais, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existem 153 Varas e Juizados exclusivos para tratar de casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

Recentemente a Lei nº 15.160 foi sancionada, alterando o Código Penal para retirar o benefício da atenuante da idade do réu (menor de 21 anos ou maior de 70) em crimes sexuais contra a mulher.

Entretanto, apesar de positivo as alterações legislativas, é verificado que ainda existem altas demandas do judiciário para resolver situações envolvendo crimes contra a mulher, ainda mais no contexto da inteligência artificial.

Diante a isso, surge uma encruzilhada com dois pontos relevantes. O primeiro é que os crimes físicos, sexuais e em contexto de violência doméstica já possuem legislações severas e são delitos que tem influência social/cultural, não dependendo apenas de legislações para sua mitigação, ou seja, devendo ter o conjunto de leis e políticas públicas que visem mitigar tais atos.

A título de exemplo, segundo o 18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado em 2024, houve aumento de mulheres vítimas de perseguição e violência psicológica. Em 2023, foram 77.083 casos de *stalking*, o que representou um crescimento de 34,5% em relação a 2022. Houve também 38.507 casos de violência psicológica, um número maior em relação a 2022, com variação de 33,8% entre os dois anos.

De outra banda, os crimes contra a mulher envolvendo a inteligência artificial do mesmo modo possuem legislações específicas para punir os infratores. Entretanto, a situação indicada é mais profunda, pois apenas punir os infratores leva a simbologia penal e não sua real aplicação.

O objetivo do Direito Penal não é findado apenas em punir, mas também em prevenir crimes. Isso denota a necessidade de regulação da Inteligência Artificial, pois é m instrumento de prevenção de crimes. A título de exemplo, a União Europeia tem se destacado com o AI Act, um conjunto normativo abrangente que define critérios rigorosos de proteção de dados e estabelece classificações de risco para o uso da inteligência artificial.

No Brasil existem projetos legislativos em tramitação, como o PL 2338/2023 que visa o desenvolvimento da IA no ordenamento jurídico brasileiro de modo humano, garantindo os direitos fundamentais e estimulando a inovação.

Assim como ocorreu com diversos outros temas que, à época de sua inserção no ordenamento jurídico, também suscitaram debates e controvérsias — como foi o caso da regulação da internet, das discussões acerca dos direitos fundamentais e suas diferentes dimensões, bem como do reconhecimento da violência psicológica e patrimonial — a inteligência artificial igualmente demanda uma regulamentação adequada. Essa necessidade se manifesta tanto no âmbito nacional, para atender às peculiaridades e demandas internas de cada país, quanto em âmbito global, a fim de estabelecer parâmetros comuns que garantam a segurança, a ética e a proteção de direitos no uso dessas novas tecnologias.

Essa necessidade é particularmente urgente quando pensamos na proteção das mulheres, que estão expostas a novas formas de violência potencializadas pelo uso de tecnologias baseadas em inteligência artificial. Exemplos disso são já citados casos de criação e disseminação de deepfakes com intuito de constranger ou chantagear, a manipulação de imagens íntimas para humilhação pública, e outras condutas que violam a dignidade, a privacidade e a integridade psicológica e patrimonial das vítimas.

Por isso, torna-se essencial que essa regulamentação aconteça, visando estabelecer parâmetros éticos comuns que protejam de maneira eficaz os direitos fundamentais das mulheres, prevenindo abusos e responsabilizando adequadamente aqueles que utilizam a inteligência artificial como instrumento de violência de gênero.

6 CONCLUSÃO

No cenário internacional, observa-se que diversos países, como Estados Unidos e China, já possuem legislações específicas voltadas ao enfrentamento de crimes praticados por meio do uso de inteligência artificial (IA). Assim como o Brasil, esses países têm buscado atualizar e diversificar suas normas penais, especialmente para proteger grupos mais vulneráveis, como as mulheres, diante das novas modalidades de violência viabilizadas pelo uso da tecnologia.

Entretanto, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro ainda apresenta lacunas significativas no tocante à regulamentação abrangente da inteligência artificial. Há uma preocupação crescente quanto à necessidade de responsabilizar não apenas os indivíduos que praticam atos ilícitos com o auxílio da IA, mas também as empresas desenvolvedoras e plataformas que permitem ou facilitam tais práticas, muitas vezes sem mecanismos eficazes de controle ou prevenção.

Essa temática, embora discutida há vários anos tanto em âmbito nacional quanto internacional, permanece complexa e de difícil resolução. Contudo, é essencial destacar que o legislativo não pode permanecer inerte diante desse desafio, sob pena de perpetuar um ambiente de insegurança jurídica que favorece a ocorrência desses crimes.

Atualmente, qualquer pessoa com acesso básico a ferramentas de inteligência artificial pode utilizar imagens, áudios ou vídeos de terceiros para produzir deepfakes ou outras montagens digitais, com o intuito de difamar, chantagear ou extorquir suas vítimas. Embora existam penalidades previstas para essas condutas, muitas vezes sua aplicação depende do contexto específico e da demonstração do dano causado. Ainda assim, torna-se evidente que o problema precisa ser enfrentado em sua origem: por meio de uma regulamentação mais clara, completa e específica do uso da IA.

A existência de normas claras e atualizadas traria maior segurança jurídica, garantindo uma proteção mais eficaz às mulheres contra essa nova forma de violência digital. Além disso, permitiria que as autoridades pudessem agir de forma preventiva e repressiva com maior eficiência, responsabilizando também as plataformas que se mostram negligentes no combate a essas práticas.

É importante salientar que a inteligência artificial, por si só, representa um avanço tecnológico extremamente benéfico, trazendo contribuições relevantes para diversas áreas, como saúde, educação, prestação de serviços e pesquisa científica. Contudo, justamente por seu potencial de impacto, ela não deve permanecer sem regulamentação adequada, que discipline seus limites éticos e legais.

Vale lembrar que outras inovações tecnológicas, quando surgiram, também enfrentaram resistência e períodos de ausência normativa, mas acabaram sendo incorporadas de forma equilibrada ao ordenamento jurídico. Assim, cabe ao legislador refletir sobre esses precedentes, compreender o contexto atual e buscar soluções legislativas que permitam a utilização responsável da inteligência artificial, sempre resguardando os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e, especialmente, a proteção das mulheres contra a violência tecnológica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Gênero e direitos humanos no Poder Judiciário brasileiro.** Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/12/rel-edu-e-dh-versao-02-3-26jun2023.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 02 jun. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 06 mai. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 04 abr. 2025.

BRASIL. **Lei nº 15.125, de 24 de abril de 2025.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2023-2026/2025/Lei/L15125.htm. Acesso em: 04 jun. 2025.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.338, de 3 de maio de 2023.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2868197&filename=Tramitacao-PL%202338/2023. Acesso em: 02 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 15.160, de 03 de julho de 2025.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2025/Lei/L15160.htm. Acesso em 04 jul. 2025.

CASTANHO, Wagner Carneiro. **A Violência Contra a Mulher.** Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/12710/6012>. Acesso em: 06 mai. 2025.

CATTANI, Frederico. **Uso da Inteligência Artificial como Ferramenta para Criminalidade.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-11/uso-da-inteligencia-artificial-como-ferramenta-para-criminalidade/>. Acesso em: 01 jun. 2025.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). **Atlas da Violência 2025. Brasília: Ipea; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2025.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2025/05/atlas-violencia-2025.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2025.

DELMANTO, Roberto. **Leis Penais Especiais Comentadas - 4ª Edição 2024.** 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. pág. 1039. ISBN 9788553620371. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620371/>. Acesso em: 22 jun. 2025.

ESTEFAM, André. **Direito Penal - Parte Especial Vol.2 - 11ª Edição 2024.** 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. pág. 349. ISBN 9788553620685. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620685/>. Acesso em: 28 jun. 2025.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Direito Penal - Parte Especial - Coleção Esquematizado - 14ª Edição 2024.** 14. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. pág. 250. ISBN 9788553621798. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553621798/>. Acesso em: 22 jun. 2025.

MESSA, Ana F.; CALHEIROS, Maria Clara da C. **Violência contra a Mulher.** São Paulo: Almedina, 2023. E-book. pág. 79. ISBN 9786556279381. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556279381/>. Acesso em: 22 jun. 2025.

MICHAEL K. SPENCER. **Deep Fake, a mais recente ameaça distópica.** Disponível em: <https://outraspalavras.net/tecnologiaemdisputa/deep-fake-a-ultima-distopia/>. Acesso em: 05 mai. 2025.

PINTO, Rodrigo Alexandre L.; NOGUEIRA, Jozelia. **Inteligência Artificial e Desafios Jurídicos: Limites Éticos e Legais**. São Paulo: Almedina, 2023. E-book. pág. 71. ISBN 9786556279268. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556279268/>. Acesso em: 25 jun. 2025.

SELETIVIDADE PENAL E ENCARCERAMENTO EM MASSA: O CÁRCERE COMO MEDIDA DE CONTROLE SOCIAL

Carla Roberta Ferreira DESTRO¹
Lucas Octávio Noya dos SANTOS²

RESUMO

O trabalho aborda o fenômeno do encarceramento em massa e a seletividade penal, destacando a influência do liberalismo e do capitalismo na perpetuação das desigualdades sociais e no racismo estrutural. A análise se concentra na marginalização de grupos vulneráveis e na história da criminalização de negros e pobres no Brasil. Propõe-se a justiça restaurativa como uma alternativa mais humana e eficaz ao modelo punitivista vigente. A metodologia adotada envolveu uma revisão bibliográfica crítica das teorias de encarceramento em massa e seletividade penal, bem como um estudo comparativo das práticas penais em diferentes contextos sociais e históricos, utilizando-se de levantamento de pesquisas, legislação, análise jurisprudencial e dados quantitativos e qualitativos já consolidados em outros estudos que evidenciam a disparidade racial e socioeconômica no sistema penal brasileiro. Conclui-se que o endurecimento do sistema penal não é a solução para a criminalidade. Em vez disso, são necessárias reformas estruturais que abordem as causas profundas da criminalidade, como as desigualdades sociais, políticas, históricas e culturais. A justiça restaurativa surge como uma abordagem promissora, capaz de oferecer respostas mais efetivas e humanizadas para o problema do encarceramento em massa.

PALAVRAS-CHAVE: Seletividade penal. Encarceramento em massa. Força policial. Controle social. Racismo institucional.

ABSTRACT

This paper delves into the phenomenon of mass incarceration and penal selectivity, shedding light on the influence of liberalism and capitalism in perpetuating social inequalities and structural racism. The analysis focuses on the marginalization of vulnerable groups and the history of criminalization of blacks and the impoverished in Brazil. Restorative justice is proposed as a more humane and effective alternative to the prevailing punitive model. The methodology employed includes a critical literature review of mass incarceration and penal selectivity theories, along with a comparative study of penal practices in different social and historical contexts. This involved surveying research, legislation, jurisprudential analysis, and quantitative and qualitative data already established in other studies highlighting racial and socioeconomic disparities in the Brazilian penal system. The findings lead to the conclusion that the toughening of the penal system is not the solution to crime. Instead, structural reforms addressing the root causes of criminality, such as social, political, historical, and cultural inequalities, are imperative. Restorative justice

1 Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UENP. Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP. Possui Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Aperfeiçoamento em Compliance pela FGV. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Atualmente é Assessora Ministerial no Ministério Público do Mato Grosso e Professora Universitária do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos e Pessoa com Deficiência. Autora do livro: Pessoa com Deficiência: Direito à Acessibilidade, Cidadania e Inclusão à Luz da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth.

2 Doutorando em Ciências Jurídicas na VIII Turma de Doutorado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Mestre em Ciências Jurídicas na XIII Turma de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Graduando em Psicologia pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Docente de Teoria do Direito e coordenador de Competições Nacionais e Internacionais. Coordenador do Grupo de Competições sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Advogado.

emerges as a promising approach capable of providing more effective and humane responses to the issue of mass incarceration.

KEYWORDS: Penal selectivity. Mass incarceration. Police force. Social control. Institutional racism.

1 INTRODUÇÃO

O encarceramento em massa e a seletividade penal são fenômenos intrincados, profundamente enraizados nos problemas sociais relacionados às desigualdades, especialmente, ao racismo estrutural. As práticas discriminatórias, historicamente legitimadas pela legislação, reforçam a segregação e marginalização de grupos vulneráveis, notadamente a população preta e parda. Neste contexto, este estudo foi justificado pela necessidade de abordar as dinâmicas sociais e políticas que conduzem ao aprisionamento e como isso interfere na alimentação cíclica das desigualdades.

Inicialmente, o trabalho detalhou como o liberalismo e o capitalismo influenciam as estruturas sociais, contribuindo para a prisionização. A criminalização de condutas associadas às camadas mais pobres da sociedade e a utilização do sistema penal como ferramenta de gestão das desigualdades sociais são discutidas. O papel do Estado na perpetuação do racismo estrutural e na marginalização da população preta e parda é examinado, destacando-se a necessidade de reformas que promovam a equidade e a justiça social.

Em seguida, o texto discutiu a seletividade penal e a expansão prisional no Brasil, destacando como esses fenômenos são alimentados por desigualdades sociais e racismo estrutural. No passado, práticas discriminatórias foram legitimadas por leis, mais especificamente a lei penal, que reforçavam a segregação, especialmente contra negros e suas tradições. A criminalização da pobreza e a marginalização de grupos vulneráveis, como ex-escravos e imigrantes, têm raízes na história do país, sendo a exclusão favorecida por ideologias liberais e capitalista, razão pela qual o trabalho propôs que a solução para a criminalidade não reside no endurecimento do sistema penal, mas em reformas estruturais que enfrentem as causas sociais, políticas, históricas e culturais, sugerindo a justiça restaurativa como uma alternativa mais humana e eficaz.

No último tópico, o trabalho se dedicou a discutir as formas tradicionais de compreensão das forças policiais e do sistema punitivista para elucidar a necessária reformulação epistemológica da política criminal. Neste contexto, parte-se da premissa estabelecida na pesquisa desenvolvida por Carmo Barretos, Keila Canabrava Aleixo e Vanessa de Sousa Soares (2020) no caso de Dora, uma mulher trans negra, para ilustrar a falência do modelo punitivista e a violência estatal resultante da heterocisnormatividade estrutural. Tal pesquisa, utilizada como pressuposto, revelou que a opressão

estatal tanto pela ação quanto pela omissão, evidencia a ausência de políticas públicas de acolhimento e a desumanização de corpos trans no sistema penal.

Em seguida, debateu-se a evolução histórica da força policial e sua relação com a manutenção da ordem pública, baseando-se nos estudos de Marcos Flávio Rolim. Argumentou-se que a transformação da função policial em uma estrutura reativa e distante da população contribui para a vulnerabilização e a violência institucional, evidenciando a necessária defesa da justiça restaurativa como alternativa ao modelo punitivo.

A metodologia adotada neste estudo incluiu uma revisão de literatura e a aplicação do método dedutivo. Por meio da análise documental, de legislações e de estudos anteriores, construiu-se um entendimento aprofundado das questões sociais que cercam o encarceramento em massa. A abordagem dedutiva permite inferir generalizações a partir de casos específicos observados na realidade brasileira, contribuindo para um debate mais rico e fundamentado sobre alternativas ao modelo penal vigente.

2 LIBERALISMO E O CONTROLE DOS INDESEJÁVEIS: O CAPITAL ACIMA DA HUMANIDADE

O encarceramento em massa é decorrência das desigualdades sociais e do racismo estrutural os quais, por sua vez, resultam de escolhas políticas e econômicas, sendo possível verificar a forte influência do liberalismo e do capitalismo nesta complexa estrutura social.

Entre os séculos XIX e XX, as cidades brasileiras eram heterogêneas, com pessoas de várias etnias, nacionalidades, culturas e de poder econômico com acentuadas diferenças. O fim da escravidão levou para os centros urbanos uma grande população de ex-escravos. Além disso, com o desenvolvimento econômico e industrial, houve o aumento considerável da classe operária, composta principalmente por imigrantes europeus. Nas cidades, as diferenças e os conflitos sociais entre as classes eram potencializados e tornavam-se mais visíveis (Miranda, 2013, s.p.). Em razão disso,

[...] no discurso das elites, especialmente dos médicos e bacharéis, no espaço das ruas se reproduziam os futuros delinquentes, prostitutas, degenerados, vagabundos, bêbados, desordeiros, anormais e “loucos de todos os gêneros”. Nesse meio, fazia-se necessário reprimir, identificar e enclausurar essas pessoas consideradas nocivas à sociedade e dotadas de grande potencial para procriar futuros desajustados sociais. Temiam-se não só as práticas de roubos, saques e assassinatos, mas também a transmissão de inúmeras doenças. Era importante elaborar leis, códigos e criar instituições voltadas para vigiar e identificar esses “indivíduos” (Miranda, 2013, s.p.).

A eliminação dos indesejáveis nunca foi uma novidade no Brasil. Exemplo disso, muitos indivíduos foram encaminhados para manicômios, como o Hospital Colônia de Barbacena, onde, de seu início em 1903, até seu fechamento na década de 80, morreram mais de 60 mil pessoas. Eram

vadios, alcóolatrás, homossexuais, prostitutas, rebeldes, opositores políticos, mães solteiras, mendigos, todo tipo de indivíduo que incomodava a classe rica dominantes da época, numa forma de camuflar as demandas sociais (Arbex, 2013).

Com o poder econômico e político centralizado em poucos indivíduos, aqueles que estavam acima no status social, facilmente passaram à criminalização de condutas que representavam o descaso com as comunidades mais pobres. O Código Penal da República de 1890 (Brasil, 1890) tratava especificamente dos mendigos, dos ébrios, dos vadios e dos praticantes de capoeira, nitidamente uma perseguição aos negros e suas tradições. A Lei de Contravenções Penais de 1941 (Brasil, 1941) permaneceu tratando da mendicância (revogada em 2009), da embriaguez e da vadiagem, condutas que certamente atingiriam as camadas mais pobres da sociedade brasileira.

Com a passagem da economia agrícola para o modelo industrial no século XX, o Brasil assume o perfil de industrialização e urbanização, na medida em que empurrava a mão de obra para os grandes centros, que eram incapazes de absorver tantos moradores. O contingente humano levou às crises de habitação, sanitárias e à pobreza extrema. A produção em massa, visando o crescimento mercantil e o lucro, produziu a miséria e a desigualdade social (Santos; França, 2023). Para Pochmann (2017, p. 317):

Em mais de meio século de industrialização nacional registrado entre as décadas de 1930 e 1980, o Estado foi conduzido pela maior presença do regime autoritário. Com isso, os interesses dos “de baixo” foram secundarizados frente ao favorecimento das classes rica e média pelo Estado por meio dos monopólios sociais que, seletivamente, privilegiaram segmentos e setores no interior da economia e da sociedade brasileira.

Segundo os ensinamentos de Yamamoto (2013), a questão social se origina no “caráter coletivo da produção e da apropriação privada do trabalho, de seus frutos e das condições necessárias à sua realização”. O trabalhador ficou à mercê das vontades dos donos dos meios de produção, vendo-se obrigado a comercializar sua força de trabalho em troca de pouca ou nenhuma remuneração. Continua a autora:

Sabemos que o capital é uma relação social por excelência que, na sua busca incessante de lucro, tende a expandir-se indefinidamente por meio da apropriação de trabalho não pago dos trabalhadores. Seu ciclo expansionista realiza-se por meio da ampliação da parcela do capital investida em meios de produção – capital constante – aumentando a produtividade do trabalho e reduzindo relativamente aquela investida em força de trabalho – capital variável. Outra condição e resultado contraditório desse mesmo processo é a ampliação da superpopulação relativa – ou população “sobrante” para as necessidades médias de valorização do capital –, fazendo crescer o desemprego e a precarização das relações de trabalho (Yamamoto, 2013, p. 330).

Destarte, há a configuração de cenários de profundas desigualdades, além de reafirmar as históricas desigualdades de classe, de raça/etnia e de gênero. O avanço do liberalismo e do capitalismo levaram à imensuráveis riscos para os grupos vulneráveis, permanecendo até os dias atuais (Santos; França, 2023).

Com a Constituição Federal de 1988 e o fortalecimento dos direitos humanos e da dignidade humana, os tratamentos desumanos ou degradantes foram formalmente abolidos. No entanto, decisões de cunho liberal tomadas a partir da década de 1990, levaram à retração do Estado Social e o fortalecimento do Estado Penal. Ocorreu a flexibilização e a precarização das relações de trabalho, elevando o desemprego e aprofundando as desigualdades sociais (Santos; França, 2023, p. 20).

Não é difícil concluir que, na medida em que evoluía a política econômica liberal, se acentuavam as questões sociais e a necessidade de se pensar soluções para a enorme população de miseráveis, desocupados, sem nenhuma condição para contribuir com o mercado. Junte a isso o fato de se apresentar numa sociedade racista, incapaz de solucionar as demandas decorrentes do fim da escravidão, e teremos um cenário ideal para expansão do direito penal e do encarceramento.

Segundo a análise de Correia (s.d., p. 67-68), o Estado exerce o controle social em favor dos interesses da classe dominante para “garantia do consenso em torno da aceitação da ordem do capital”. Há a intervenção do Estado sobre os conflitos sociais para manter a atual ordem, difundindo a ideologia da economia capitalista e interferindo no cotidiano da vida dos indivíduos, reforçando comportamentos legitimados socialmente. Trata-se de um controle discriminatório, como forma de manutenção da ordem hegemônica do capital.

Assim, passou-se a utilizar o sistema penal como forma de gestão das desigualdades sociais. Na verdade, porém, houve a transferência dos problemas sociais para o sistema prisional, que não possui estrutura para suportar a demanda, deixando de ofertar direitos mínimos, como saúde e bem-estar. Além disso, se acentuou e se aclarou o racismo estrutural, levando-se ao sistema prisional predominantemente a população preta e parda, conforme demonstra Carneiro e França (2023, p. 35):

Por meio de aparatos ideológicos ancorados na defesa do proibicionismo, tem sido promovida a ampliação e o recrudescimento do arcabouço jurídico-normativo e político-institucional que compõe o sistema prisional e penal, disseminando-se o discurso de que o recrudescimento das medidas repressivas é necessário para que se possa garantir a segurança.

Assim, o Estado age fortemente na esfera penal, pautado por práticas repressivas como resposta às expressões da questão social. “[...] o encarceramento em massa e a necropolítica têm se apresentado como diretrizes da ação do Estado a partir de uma seletividade penal”, exercendo um “controle social dos segmentos sociais, pobres, negros e moradores das periferias urbanas” (Gershenson, 2023, p. 13-14). Também houve o significativo encarceramento “de indivíduos e grupos específicos, a exemplo de pessoas com deficiência, indígenas, idosas e LGBTQIA+, o que amplia e aprofunda as desigualdades históricas em nosso país” (Carneiro; França, 2023, p. 36).

Segundo o entendimento de Santos e França (2023, p. 22), dentre as legislações que promoveram um recrudesimento da ação repressiva do Estado destacam-se: a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Crimes Hediondos), a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas) e a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime). Houve a criação de novos crimes, a elevação de penas e dos regimes de cumprimento, as possibilidades de prisões cautelares e a restrição de benefícios como o indulto.

Sobre a lei de drogas, o problema está na subjetividade. Cabe ao juiz avaliar a diferença entre usuário e traficante, baseado em critérios como a natureza e a quantidade de droga carregada pelo sujeito, o contexto da ocorrência e os antecedentes. Assim, o critério quantidade não é por si só definidor do tráfico. A questão resvala na conduta policial, que define as circunstâncias da prisão, dificultando, a defesa do sujeito. “Jovens de baixa escolaridade e socialmente vulneráveis são os mais aprisionados dessa forma. Isso aumenta a suspeita de que muitos dos traficantes que lotam as cadeias brasileiras seriam, na verdade, apenas usuários de drogas” (Blume, 2023, s.p.).

A expansão dos tipos penais passou a ser um grande obstáculo para a superação do problema carcerário. Criou-se uma cultura nacional de se legislar em consonância com acontecimentos de impacto nacional, o chamado direito penal simbólico, levando à criação de condutas criminosas onde o direito penal não deveria intervir, ou agravando penas e regimes, como mecanismo de acalmar o clamor social (como ocorreu, por exemplo, no caso Daniela Peres e na Lei Carolina Dieckmann). Segundo Prazeres (2025, *online*):

Por esse processo de banalização da violência nos meios de comunicação, com repetição da mentira como se fosse a única verdade, cria-se o fenômeno da retroalimentação e passa-se a acreditar na falsa mensagem, incutida pelo temor, e esse medo faz com que se peça sempre mais “justiça”, mesmo que travestida de violência, repressão, castração, expressada em leis penais mais severas, que em nada solucionam a violência e criminalidade reinante.

É essencial repensar a utilização do direito penal como alternativa para solucionar demandas sociais. Não cabe ao direito penal tal missão, e seu uso exagerado leva à descrença no sistema penal e à inefetividade social. Toda problemática desemboca no sistema carcerário, que também é incapaz de absorver tal demanda. Há o aumento da criminalização, das prisões e dos problemas carcerários, concluindo Prazeres (2025, *online*):

Todas as tentativas de enfrentar essa problemática padecem, profundamente, de uma postura crítica e inovadora dos governantes, muito dos quais estão mais preocupado em tirar dividendos políticos do que empenhados na busca de soluções para essa gravíssima situação, olvidando na sua maioria as verdadeiras causas sociais, políticas, históricas e culturais, preocupando-se exclusivamente com a imagem de uma resposta ilusória permeada pela mídia, numa tentativa de passar, para sociedade, que estão resolvendo o problema com a criação de leis mais severas, com penas duríssimas e com restrições ainda maiores de direitos dos apenados.

Assim, o recrudesimento do sistema penal visando combater a criminalidade e garantir a

paz social não está surtindo o efeito esperado. O país está tomado pelo medo e pela insegurança, enquanto o sistema carcerário sangra e as famílias lamentam o destino dos seus jovens. O encarceramento em massa não é mecanismo de solução dos problemas sociais, servindo apenas para agravar a situação e para servir ao interesse das classes dominantes.

3 ANÁLISE DA ATUAL SITUAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

O sistema prisional brasileiro viola diariamente uma lista interminável de direitos humanos e garantias constitucionais. A estrutura ofertada pelo Estado brasileiro não é suficiente para atender a excessiva demanda de encarceramentos, levando ao colapso do sistema. As unidades prisionais brasileiras passaram a representar um depósito de seres humanos, sendo incapazes de ofertar o mínimo de dignidade, perpetuando ambientes sem a menor condição de saúde e bem-estar.

Para demonstrar a problemática discutida, far-se-á uma breve explanação dos números atuais disponibilizados pelo Relatório de Informações Penais (RELIPEN), disponibilizado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), coletados com o auxílio do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Os dados mais recentes se referem ao segundo semestre de 2024.

Segundo o Relatório, o Brasil contava, até dezembro de 2024, com 670.265 presos em celas. Dentre eles, 641.128 eram homens e 29.137 eram mulheres (RELIPEN, 2025). Para comparação, em 2019 a população carcerária brasileira era de 726.354, sendo 706.619 homens e 36.612 mulheres no sistema prisional estadual e federal (INFOPEN, 2017).

Apesar do número apavorante de encarcerados, é possível observar uma diminuição, podendo decorrer da implementação das audiências de custódia e do julgamento ocorrido em 2018 pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 143.641, que determinou a substituição da prisão preventiva por domiciliar de gestantes, lactantes e mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, em todo o território nacional (STF, 2018).

No que se refere aos grupos específicos, são 9.090 pessoas com deficiência (4.276 vagas ainda não respeitam as normas da ABNT), 15.444 idosos (acima de 61 anos), 2.602 estrangeiros e 76 estabelecimentos prisionais possuem ala exclusivas para os declarados LGBTI (RELIPEN, 2025).

Os dados disponibilizados em 2025 também demonstram o perfil cor/raça dos presos encarcerados: 324.742 se declaram pardos; 105.178 negros; 8.106 amarelos; 1.581 indígenas; e, 191.527 brancos (RELIPEN, 2025). Percebe-se de pronto o encarceramento elevado de negros e pardos, somando 429.920 presos, corroborando a afirmação de que o sistema se dirige à punição elevada de negros, jovens e pobres da periferia.

O encarceramento em massa no Brasil se baseia, como já explanado anteriormente, em duas premissas importantes. A primeira delas é a grave desigualdade social. Segundo o IBGE (2022), em 2021, “62,5 milhões de pessoas (29,4% da população do Brasil) estavam na pobreza e, entre elas, 17,9 milhões (8,4% da população) eram extremamente pobres”. Dentre os pobres e miseráveis a “proporção de pretos e pardos abaixo da linha de pobreza (37,7%) é praticamente o dobro da proporção de brancos (18,6%)”. Os dados demonstram a histórica e atual desigualdade existente entre brancos e negros no Brasil, a quem se destinou a miséria brasileira, de forma que, neste sentido, afirmou Borges (2018, p. 41):

[...] o racismo é uma ideologia que atravessa o tempo e acompanha o desenvolvimento e as transformações históricas da sociedade brasileira. Se no processo de construção de ideia de descobrimento o racismo se colocou explicitamente pela instituição da escravidão, ele seguiu pela hierarquização e pelas teorias raciais no transcorrer dos séculos XIX e XX, e foi se refazendo e se reapresentando em outras configurações nesse percurso histórico, permanecendo sempre ali, latente nas relações sociais e por meio da estrutura e das instituições do Estado. A “fundação” de nosso país acontece tendo a escravidão baseada na hierarquização racial como pilar. O racismo é uma das ideologias fundadoras da sociedade brasileira. Algo tão fundamental no processo de formação não some em um estalar de olhos pela simples destituição da monarquia e por pretensões modernizantes. E a história prova o contrário. Sim, são muitos os contrários. Há uma lacuna imensa entre discurso e prática em nosso país. Isso pode ser um pouco desconfortável. Mas, diante da gravidade e das consequências dos sistemas de opressão que estão no germe do nosso país, não tenho qualquer pretensão de deixá-la confortável.

O segundo ponto a ser considerado é a chamada guerra contra as drogas. Para Almeida e Oliveira (2023, p. 154), esta tem sido a tônica da segurança pública desde o período da ditadura militar. O Brasil, durante as últimas décadas do século XX e primeiras do século XXI, influenciado por medidas adotadas nos Estados Unidos, acabou por eleger um inimigo a ser perseguido, que é o traficante. O tráfico de drogas passou a ser o grande inimigo da sociedade, devendo ser combatido até sua extinção. Assim, sob a bandeira de combate ao tráfico, a força policial passou a legitimar suas incursões nas periferias e favelas, bem como a prisão de homens e mulheres, jovens negros e pobres, declarados serviçais das drogas.

A Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU de 1961, amparada pelo apoio norte americano, promulgada pelo Brasil em 1964, já sob a ditadura militar, lançou as bases legais da política internacional de “guerra às drogas”, vigente até os dias atuais. Era período da Guerra Fria, alimentado pela militarização mundial e polarização entre Estados Unidos e União Soviética. Além disso, foi um período de ascensão da luta operária e da luta contra as ditaduras na América Latina. Assim, a “guerra santa contra as drogas” cumpriu um papel fundamental nas relações geopolíticas internacionais e na política interna das nações que a ela aderiram (Rybka; Nascimento; Guzzo, 2018, p. 102-103).

Cabe destacar, que se trata de guerra contra pessoas, pois o combate só chega a atingir

aqueles que exercem o comércio no varejo, entregando aos consumidores, sem atingir a cadeia lucrativa do tráfico ilegal de substâncias entorpecentes. Estes indivíduos são considerados descartáveis e perigosos, na medida em que são pobres, desocupados e marginais, incapazes de contribuir com o bem da sociedade (Rybka; Nascimento; Guzzo, 2018, p. 103).

A demonização do usuário e do traficante serviu (e ainda serve) para encobrir problemas estruturais da sociedade. O discurso leva à marginalização e ao abandono do usuário, pois cria um estigma capaz de impossibilitar medidas preventivas e de redução de riscos. E, “como uma profecia que cumpre a si mesma, isso leva à criação de novas ameaças à ordem e à saúde nessa sociedade” (MacRae, 2014).

Não há, portanto, como desconectar as discussões sobre o racismo estrutural, o combate às drogas e o encarceramento em massa. Para Ferrugem (2020, p. 46):

Na guerra às drogas, há uma sinergia entre o racismo e o ódio de classe. A junção desses marcadores sociais determina as vítimas dessa guerra, uma guerra que não é, nem poderia ser, contra as drogas: é contra as pessoas, mas não todas elas, algumas parecem ter um alvo invisível que a maquinaria bélica do Estado sabe reconhecer. Os corpos negros são controlados por políticas de Estado que os tornam descartáveis. Um signo que o racismo atribuiu à corporeidade negra.

A população levada ao sistema criminal tem raça e classe bem definidas. Se considerarmos o aspecto gênero, veremos que a prisão da mulher negra e periférica também é um grande problema social. Basta analisarmos superficialmente os dados sobre os tipos de crime e o número de mulheres encarceradas em 2024, demonstrando que das 36.612 presas, 13.664 foram condenadas por tráfico interno, internacional ou associação ao tráfico de drogas (RELIPEN, 2025).

Os aspectos de desigualdade social e racismo estrutural decorrem de escolhas políticas e econômicas, como já apontado. Destaca-se para este momento o número crescente de prisões, bem como o número deficitário de vagas no sistema. Segundo o mesmo Relatório de 2025, há um déficit de 175.886 vagas no sistema, sendo 51.521 apenas no Estado de São Paulo (RELIPEN, 2025). Não é difícil concluir que a superlotação se coloca como realidade nacional, levando a um sistema carcerário insuficiente para atendimento digno dos presos.

É de interesse destacar, que este fato já foi reconhecido inúmeras vezes pelo Poder Judiciário, chegando ao Supremo Tribunal Federal, que afirmou, em outubro de 2023, a “violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro”, declarando o chamado estado de coisas inconstitucional (STF, 2023).

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 pelo STF, dentre outras medidas, concedeu prazo de seis meses para o Governo Federal elaborar um plano de atuação para resolver o problema, principalmente a superlotação dos presídios, o número excessivo de presos provisórios e as questões de higiene e saúde nas unidades, cabendo o seguinte

destaque:

Por unanimidade dos votos, o Plenário do STF reconheceu a existência de um cenário de violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, em que são negados aos presos, por exemplo, os direitos à integridade física, alimentação, higiene, saúde, estudo e trabalho. Afirmou-se que a atual situação das prisões compromete a capacidade do sistema de cumprir os fins de garantir a segurança pública e ressocializar os presos.

Com o objetivo de superar tal situação, o STF determinou um conjunto de medidas a serem adotadas pelo Poder Público. Entre tais medidas, fixou-se prazo para que a União, Estados e Distrito Federal, com participação do CNJ, elaborem (em até 6 meses) e executem (em até 3 anos) planos para resolver a situação em suas respectivas unidades. Os prazos para os Estados e o Distrito Federal correrão após a aprovação do plano federal.

Tais planos devem tratar dos três problemas principais do sistema, a saber: (1) vagas insuficientes e de má qualidade, (2) entrada excessiva de presos (em casos em que a prisão não é necessária) e (3) saída atrasada de presos (com cumprimento da pena por tempo maior do que a condenação). Os planos deverão ser aprovados pelo STF e terão sua execução monitorada pelo CNJ, também com a supervisão do STF. Votação e julgamento

Resultado do julgamento

Outras medidas determinadas foram: (1) a realização de audiências de custódia no prazo de 24hs da prisão, devendo-se levar o preso preferencialmente à presença do juiz, para que se verifique a necessidade e legalidade da prisão; (2) a separação de presos provisórios daqueles que já possuem condenação definitiva; (3) a realização de estudos e a regulamentação, pelo CNJ, da criação de varas de execução penal, em quantidade proporcional ao número de varas criminais e à população carcerária de cada unidade da federação (STF, 2023).

Nesta linha de ideias vê-se que o sistema carcerário brasileiro sofre de sérios problemas estruturais, devendo ser colocado como prioridade no desenvolvimento de programas e políticas públicas estatais. A decisão proferida pelo STF reconhece de forma explícita a responsabilidade compartilhada entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, de modo que as ações pensadas para sanar o problema deverão ser compatibilizadas. Ações pontuais não solucionaram o problema, o combate ao sistema desumano existente depende de profundas ações estruturais nacionais.

4 ABOLICIONISMO PENAL E MEDIDAS ALTERNATIVAS: RESSIGNIFICANDO A CULTURA DA PUNIÇÃO

As definições culturais da sociedade têm como estandarte o marco histórico da punição, expondo o uso cada vez mais ilimitado da violência como proposta da solução para a resposta ao injusto.

De outro lado, o objetivo do apontamento, aqui, é produzir eco às muitas manifestações, acompanhadas de inúmeras evidências a respeito da insuficiente solução da pena corporal como instrumento de solução da controvérsia penal, de modo a propor uma reflexão crítica sobre os rumos epistemológicos da racionalidade penal moderna, com base na teoria da síndrome da rainha vermelha de Marcos Flávio Rolim (2006), a partir da reflexão do caso de Dora, revelado por Dayane do Carmo Barretos, Keila Canabrava Aleixo e Vanessa de Sousa Soares (2020).

4.1 O Caso Dora

O estudo proposto por Barretos, Aleixo e Soares (2020) tem como premissa compreender a falência do modelo punitivista a partir do reflexo da heterocisnormatividade estrutural consubstanciado na violência estatal pelo excesso e pela omissão, na medida em que Dora, cujo nome fora propositadamente alterado pelas pesquisadoras, é uma mulher trans negra e, portanto, representa a concretização do corpo divergente que é atravessado por diversas facetas da vulnerabilização social a qual estes grupos são submetidos.

Não havendo qualquer política pública de acolhimento, o caso evidenciou a mais pura forma de opressão pela ausência do Estado, ao verificar a situação de abandono e fome, sobrevivendo com auxílio de conhecidos das ruas e frequentadores de bares (Barretos; Aleixo; Soares, 2020).

Então, a lógica da opressão também opera pela ação do Estado, quando os corpos são encarcerados e, então, existe o processo de desumanização somado à evidência do padrão de heterocisnormatividade.

Impedida de utilizar roupas específicas e até mesmo a própria maquiagem, o caso analisado pelas autoras evidencia que o local institucionalmente criado pelo Estado com o pretenso ideal de ressocialização concebe como processo de ressocialização que o corpo trans seja obrigado a performar o que se concebe como próprio do sexo biológico (Barretos; Aleixo; Soares, 2020).

4.2 O Laço Histórico do Significado da Força Policial e seus Reflexos Atuais: uma Defesa da Justiça Restaurativa

Para que se possibilite a análise que extrapola a órbita da concepção tradicional da função policial, que é inclusive estigmatizada como algo falido, é imperioso se colocar defronte ao dado mais desestabilizador do senso comum político e propositadamente estatuído: a força policial nem sempre foi o que é hoje.

A fundação deste pensamento está calcada nos estudos de Marcos Flávio Rolim, publicados em várias oportunidades, e o primeiro dado a desestruturar a linha de pensamento confrontada neste estudo é o divergente conceito histórico da função policial. Isto porque na sua concepção moderna, tal qual conhecemos, é relativamente recente. Mais precisamente do século XIX (Rolim, 2016).

Antes, ao ambientar-se num contexto de primazia do privatismo como premissa de solução das controvérsias se afigura lógica a conclusão de que não havia de se falar em segurança pública e, daí então, a razão do inexplorado campo da segurança pública até então (Rolim, 2016). Na fala do referido autor:

Entre os historiadores, a opinião mais comum é a de que o fator imediato responsável pela formação das modernas forças de “polícia” foi a emergência de um sem-número de revoltas populares e desordens de rua na maior parte dos países europeus e a incapacidade dos governos para continuarem lidando com elas através da convocação de tropas do Exército. O recurso havia já se mostrado inadequado, não apenas pela sucessão de cenas violentas e de mortes que provocava, mas, sobretudo – na sensibilidade dos governantes da época – porque não se conseguia “resolver” o problema daquela forma. Soldados profissionais requisitados para responder a uma manifestação turbulenta retiravam-se tão logo houvessem disparado seus fuzis. O problema, entretanto, seria repostado logo adiante com novas manifestações e desordens. Era preciso, então, uma estrutura “permanente” e profissional que estivesse sempre nas ruas. Foi assim que nasceram as polícias modernas (Rolim, 2016, p. 25).

Destarte, o primeiro modelo mais próximo de força policial moderna como conhecemos surgiu na Polícia Metropolitana de Londres (Rolim, 2016).

Mesmo diante da aparente noção de lateralidade da discussão levantada, o questionamento revela-se fulcral, pois, na linha da pesquisa efetuada por Rolim (2016), a função policial destoa da simples obrigação de manutenção da ordem, eis que reduzindo-se sua atividade como subordinada ao simples silogismo operacional, isso seria algo não correspondente à sua real finalidade. Sendo que realmente aconteceu uma transformação (histórica) da função policial, muito relacionada aos rumos sociais concebidos em uma condensação de vulnerabilidade, poder e dominação.

Isto porque, conforme aponta Rolim (2016), o deslocamento da força policial para as centrais de polícia, instituindo-se tecnologias como comunicação por rádio, viatura policial e o telefone, levaram a um afastamento significativo da população, resvalando-se em na irrupção do modelo reativo calcado no pensamento objetivista e de puro apego ao pressuposto de manutenção da lei e da ordem a partir da incrustação de pretensa imparcialidade.

A atuação agora se dá não por atuação direta e acercada à população que é, ou deveria ser, o objeto central da tutela da força policial, e sim num novo modelo, cuja proposta é que a força policial deve agir quando provocada, remanescendo-se como o último guardião da ordem (Rolim, 2016). Só que tal modelo acabou sendo um gatilho, muito perigoso, o qual passou a ser utilizado no contexto do poder hegemônico, criando, como visto, em virtude dos processos de estigmatização social, nichos de vulnerabilização de pessoas.

Tal compreensão é corroborada nos estudos de Khaled Jr., Góes e Pedroso (2022, p. 6), os quais afirmam que

Parte significativa da formação dos policiais militares envolve a assimilação de ideologias de “guerra contra o crime” que transferem para um ambiente de atuação civil dinâmicas, valores e significados típicos de conflitos armados em larga escala. (...) Nesse sentido, são forjadas identidades militarizadas que carregam consigo características como agressividade, masculinidade hipertrofiada, autoconfiança, essencialismos demonizantes do outro e um senso de pertencimento à corporação, dentre outras, que fornecerão as bases para a edificação de um ethos guerreiro.

Dados coletados também costumam expor tal situação sendo que, segundo o IPEA, a

redução geral da taxa de homicídios apresentada na última década é muito mais concentrada na população não negra, considerando diversas razões para esta margem de distorção da proteção igualitária do sistema criminal, tais como:

[...] a associação de variáveis socioeconômicas e demográficas, que definem um lugar social mais vulnerável aos negros na hierarquia social e que limitam o seu acesso e usufruto às condições de vida melhores, a reprodução de estereótipos raciais pelas instituições do sistema de justiça criminal, sobretudo as polícias, que operam estratégias de policiamento baseadas em critérios raciais e em preconceitos sociais, tornando a população negra o alvo preferencial de suas ações, e a ausência de políticas públicas específicas que combatam as desigualdades vividas por essa parcela da população (IPEA, 2019, p. 50).

Ocorre que, a tradução desta situação demonstrada objetivamente se dá apenas pelo uso, inclusive mais intensificado, de uma justiça punitiva como solução para a criminalidade, e isso oculta o sentido material e causal da problemática, de modo a escamotear ou mesmo desviar a atenção para aquela já mencionada dominância hegemônica. Neste sentido, é importante colher impressões a respeito do chamado “populismo penal”, identificado por muitos estudiosos como algo que contamina a agenda do planejamento estatal no que concerne à política criminal, produzindo um injustificado recrudescimento punitivo em detrimento da necessidade de aprimoramento de várias outras políticas públicas (sociais, econômicas, educacionais etc.) (Calil; Santos, 2018, p. 44).

E, deste modo, revela-se a Síndrome da Rainha Vermelha, como foi ressaltado no estudo de Rolim (2016), no sentido de que a principal característica é a imagética. E por isso propôs a rainha de copas, do universo de Alice no País das Maravilhas, que se disputasse uma corrida em que o objetivo central era ficar parado, ou seja, quanto mais se corre, menos movimentos acontecem.

Paralelamente, o populismo penal cria demandas fundadas numa necessidade cada vez maior de uso do sistema repressivo, de modo a sustentar, sem qualquer critério, reflexão ou estudos mais aprofundados em relação à segurança pública um número cada vez maior de policiais, viaturas e armas, justamente ao ser reivindicado o uso da violência, por meio da repressão e punição. De modo que, a população que depende de uma política criminal consistente e eficiente, continua a correr cada vez mais numa pretensa “guerra contra o crime”, mas não consegue efetivamente sair do lugar.

São tais premissas que precisam ser consideradas para se repensar o modelo de força policial, que está também relacionado ao uso da punição e da repressão forte e violenta, como proposta para solução dos problemas criminais, de modo que devem ser pensados. Corroborando este entendimento:

[...] os fatores que explicam a reprodução de práticas policiais abusivas e violentas. Traços culturais em cada região podem estimular ou constranger a violência institucional; o tipo de formação que os policiais recebem, os valores reproduzidos como “currículo oculto” nas próprias instituições policiais, a fragilidade dos mecanismos de controle (interno e externo) da atividade policial, a tradição de impunidade com relação à violência, a intensidade da demanda punitiva disseminada socialmente e a própria legitimação da violência pela

população são algumas das variáveis independentes a serem consideradas para a explicação do fenômeno (Rolim, 2022, p. 263-264).

Já no que se refere à punição como modelo central de solução da criminalidade, Rolim também rememora que, na experiência internacional as práticas restaurativas atendem ao sentimento das vítimas, aliviando sua condição, eis que percebem não estarem sozinhas, que há pessoas solidárias e que os autores das agressões não podem ser confundidos com o mal praticado (2022, p. 387).

Em síntese, os modelos punitivos apenas abastecem esta ilusão de estar sendo executada uma política criminal e também políticas públicas que sejam eficientes, ao contrário do que efetivamente ocorre, que é o uso estratégico de meios e instrumentos para a manutenção do poder hegemônico, usando da violência, produzindo maior vulnerabilização, mas não sem um estímulo a que todos, socialmente, façam adesão ou se sintam amparados por este sistema que insiste em não enfrentar as causas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno do encarceramento em massa no Brasil é um reflexo direto das desigualdades sociais e do racismo estrutural que permeiam a sociedade. Essas questões são resultado de uma longa história de escolhas políticas e econômicas que favoreceram determinados grupos em detrimento de outros, muitas vezes sob a influência de ideologias liberais e capitalistas. A exclusão e marginalização de grupos vulneráveis, como aqueles que já foram escravizados no passado e imigrantes, têm raízes profundas na história do país, por meio de práticas discriminatórias que foram legitimadas e perpetuadas no próprio ordenamento jurídico, que auxilia e reforça, em muitos aspectos, a segregação.

A criminalização da pobreza é uma das faces mais visíveis dessa realidade. Condutas associadas à pobreza são frequentemente punidas pelo sistema penal, que é utilizado como um instrumento para gerenciar as desigualdades sociais. Isso acaba por reforçar o racismo estrutural e contribuir para a marginalização ainda maior da população preta e parda. O sistema penal, que deveria servir para proteger a sociedade, acaba por se tornar um mecanismo que perpetua as desigualdades e injustiças que deveria combater.

É essencial buscar alternativas ao encarceramento que sejam mais eficazes e humanas. A justiça restaurativa surge como uma dessas alternativas, propondo uma abordagem que vai além da punição e busca a restauração das relações sociais e a reintegração dos indivíduos à sociedade. Essa abordagem enfatiza a importância de tratar o crime não apenas como uma violação da lei, mas como um dano às pessoas e às comunidades. A adoção de medidas como essas pode representar um

avanço significativo na forma como lidamos com o crime e a desigualdade.

O debate sobre a racionalidade penal moderna é essencial em uma sociedade que busca justiça e equidade. A pena corporal, como um corolário da violência usada pelo Estado, utilizada como punição, mostra-se insuficiente para resolver as complexidades das controvérsias penais atuais. É imperativo que repensemos a justiça punitiva e tudo que vem no pacote dela, que inclui a forma de atuação de uma força policial que só atua de modo repressivo e muito violento, buscando alternativas que não apenas reforcem uma atuação repressiva, ~~punam~~, mas também estejam relacionadas às causas, sem produzir mais grupos vulnerabilizados, e enxergando a todos numa perspectiva mais humanizada da vida em sociedade.

A função policial, ao longo da história, evoluiu em resposta às demandas sociais. No entanto, a justiça restaurativa é uma efetiva forma promissora que se apresenta para tirar o foco único que é colocado na justiça punitiva. Isso leva a se compreender que a polícia moderna precisa estar mais integrada à comunidade, na busca de soluções conjuntas para os problemas sociais, pois isso aumentaria o grau de engajamento com aqueles problemas que resultam nas desigualdades de raça, classe e gênero, que em muitos casos, passam ao largo da compreensão pelas estruturas estatais operacionais.

É preciso expor mais e discutir mais a violência institucional, considerando os fatores culturais, a formação policial e o controle da atividade policial, pois vê-se que isso é uma parte muito significativa de toda a problemática da violência praticada contra determinados grupos sociais, sendo que, somente assim será possível enfrentar e mitigar as causas profundas da violência e da marginalização.

Ao compreender como o caso de Dora, uma mulher trans negra, exemplifica a falência do sistema punitivista por intermédio da análise da pesquisa elaborada pelas autoras Carmo Barretos, Keila Canabrava Aleixo e Vanessa de Sousa Soares (2020), a partir da elucidação de seu sofrimento não apenas com a violência estatal, mas também como reflexo direto da ausência de políticas públicas que ofereçam acolhimento e suporte, foi possível constatar a necessidade urgente de reformas que abordem a opressão sistêmica e ofereçam proteção e justiça para as populações vulneráveis.

Por fim, o populismo penal é criticado por oferecer soluções simplistas e imediatistas para a criminalidade. Em contraste, enfatiza-se a importância de políticas públicas mais abrangentes e eficazes. A aplicação de dinâmicas restaurativas vem sendo então sugerida como uma maneira de tratar a criminalidade de forma mais eficaz, justa e humana, promovendo uma sociedade mais segura e inclusiva para todos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sidnelly Aparecida de.; OLIVEIRA, Marco José de. *Corpos Públicos e violências no Sistema Penal: análise das ações político-governamentais do governo do estado de Minas*. In: FRANÇA, Rosilene Marques Sobrinho de (Org.). **Encarceramento, questão social e a ação do Estado em tempos de neoliberalismo e conservadorismo no Brasil**. Teresina: EDUFPI, 2023.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 2013. BARRETOS, Dayane do Carmo; ALEIXO, Klelia Canabrava; SOARES, Vanessa de Sousa. Entre a ausência e o excesso: a atuação do estado sobre corpos dissidentes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 2 p.229-246, 2020.

BLUME, André. 4 causas para a crise do sistema prisional brasileiro. **Politize!** Disponível em: <https://www.politize.com.br/crise-do-sistema-prisional-brasileiro-causas/>. Acesso em: 05 jan. 2025.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Coordenação Djamila Ribeiro. Belo Horizonte (MG): Letramento: Justificando, 2018.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm. Acesso em: 06 jul. 2025.

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-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 06 jul. 2025.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 06 jul. 2025.

BRASIL. INFOPEN – **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2025.

BRASIL. RELIPEN - **Relatório de Informações Penais – 2 Semestre de 2024**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2o-semester-de-2024.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2025.

BRASIL. SENAPPEN - Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br>. Acesso em: 04 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Ementa: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para [...]. Relator: Min. Marco Aurélio. Plenário, 4.10.2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 05 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143.641**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Ementa: A Turma, preliminarmente, por votação unânime, entendeu cabível a impetração coletiva e, por maioria, conheceu do pedido de habeas corpus, [...] por maioria,

concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda [...]. 2ª Turma, 20.2.2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 05 jan. 2025.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. A formulação da agenda político-criminal com base no modelo de ciência conjunta do direito penal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p.36-53.

CARNEIRO, Gleyson Willian Silva; FRANÇA, Rosilene Marques Sobrinho de. Desigualdades Sociais e Encarceramento em Massa na Realidade Brasileira Contemporânea. In: FRANÇA, Rosilene Marques Sobrinho de (Org.). **Encarceramento, questão social e a ação do Estado em tempos de neoliberalismo e conservadorismo no Brasil**. Teresina: EDUFPI, 2023.

CERQUEIRA, Daniel et al, (ed.). **Atlas da violência**. São Paulo: FBSP, 2019. 1 atlas. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5141-atlasdaviolencia2021completo.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2025.

CORREIA, Maria Valéria Costa. Controle Social. **Dicionário da Educação Profissional em Saúde**. Disponível em: https://www.epsjv.fiocruz.br/upload/d/Controle_Social_-_rec.pdf. Acesso em: 05 jul. 2025.

FERRUGEM, Daniela. Guerra às drogas? **Em Pauta - teoria social e realidade contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 45, p. 44-54, jan./jun., 2020.

GERSHENSON, Beatriz. Prefácio. In: FRANÇA, Rosilene Marques Sobrinho de (Org.). **Encarceramento, questão social e a ação do Estado em tempos de neoliberalismo e conservadorismo no Brasil**. Teresina: EDUFPI, 2023.

IAMAMOTO, Marilda Villela. O Brasil das desigualdades: “questão social”, trabalho e relações sociais. **SER social**, Brasília, v. 15, n. 33, p. 261-384, jul/dez 2013. Disponível em: <http://www.cressrn.org.br/files/arquivos/FaPa1Oy8kQ65voJ4T345.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2025.

IBGE. **Estatísticas Sociais**. Em 2021, pobreza tem aumento recorde e atinge 62,5 milhões de pessoas, maior nível desde 2012. 13/12/2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/35687-em-2021-pobreza-tem-aumento-recorde-e-atinge-62-5-milhoes-de-pessoas-maior-nivel-desde-2012>. Acesso em: 05 jul. 2025.

KHALED JR, Salah H; GÓES, Luciano; PEDROSO, Anayara Fantiel. Controle racial militarizado: desvelando as dinâmicas subculturais de significado que facilitam a atuação policial propensa à violação de direitos humanos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. XX, n. 10, p. 1-30, nov. 2022.

MACRAE, Edward. Aspectos socioculturais do uso de drogas e políticas de redução de danos. São Paulo: **Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre Psicoativos**. Recuperado em junho 20 de 2014. Disponível em: <http://www.neip.info/downloads/edward2.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2025.

MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. A Fatalidade Biológica: a Medição dos Corpos, de Lombroso aos Biotipologistas. In: MAIA, Clarissa Nunes *et al.* **História das prisões no Brasil**. Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2013. v. 2. *E-book*.

POCHMANN, Marcio. Estado e Capitalismo no Brasil: a inflexão atual no padrão das políticas públicas do ciclo político da nova república. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 38, n. 138, p. 309-330, abr/jun, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/1211216>. Acesso em: 06 jul. 2025.

PRAZERES, José Ribamar Sanches. O Direito Penal Simbólico Brasileiro. **SEDEP**. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/o-direito-penal-simbolico-brasileiro/>. Acesso em: 27 jul. 2025.

ROCHA, Andréa Pires; LIMA, Rita de Cássia Cavalcante; FERRUGEM, Daniela. Autoritarismo e guerra às drogas: violência do racismo estrutural e religioso. **Revista Katálisis**, v. 24, n. 1, p. 157-167, abr. 2021.

ROLIM, Marcos Flávio. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

ROLIM, Marcos Flávio. Guerreiros ou guardiões? Notas sobre o conceito de polícia. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 248–269, jan. 2023.

ROLIM, Marcos Flávio; FEDOZZI, Luciano. Justiça restaurativa e reconhecimento. **Contemporânea**, v. 12, n. 1, p. 373-394, jan./abr. 2022.

ROLIM, Marcos Flávio; PEREIRA, Vanessa de Quadros. A eficiência policial e seus indicadores. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 314-331, ago./set. 2022.

RYBKA, Larissa Nadine; NASCIMENTO, Juliana Luporini do; GUZZO Raquel Souza Lobo. Os mortos e feridos na “guerra às drogas”: uma crítica ao paradigma proibicionista. **Estud. psicol.** Campinas, 35(1), 99-109, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-02752018000100010>. Acesso em: 04 jul. 2025.

SANTOS, Rayssa de Sousa; FRANÇA, Rosilene Marques Sobrinho de. O Sistema Carcerário Brasileiro em Tempos de Neoliberalismo e Conservadorismo. In: FRANÇA, Rosilene Marques Sobrinho de (Org.). **Encarceramento, questão social e a ação do Estado em tempos de neoliberalismo e conservadorismo no Brasil**. Teresina: EDUFPI, 2023.

SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO SOCIAL HUMANO: ESTRATÉGIAS DE MITIGAÇÃO DAS DINÂMICAS DE VIOLÊNCIAS DE GÊNERO NO CONTEXTO DOS TRANSPORTES

Ana Clara Vasques GIMENEZ¹
Vitor RORATO²

RESUMO

O artigo analisa as vulnerabilidades de gênero na mobilidade urbana. As dinâmicas de violências de gênero nos transportes possuem relação direta com o papel dos grupos vulnerabilizados na sociedade, sendo imprescindível a observação do fenômeno a partir de uma lente interseccional. A insegurança é um fator que se destaca quanto aos deslocamentos nas cidades no transporte público coletivo, decorrente de ocorrências como assédio, estupro e outras formas de violência. Diante disso, questiona-se como mitigar as vulnerabilidades de gênero na mobilidade urbana? A pesquisa é empírica, qualitativa e de abordagem transformativa. Baseia-se na análise crítica de dados secundários e revisão bibliográfica. Foi possível concluir que a experiência dos usuários e a ausência de políticas que considerem as singularidades e os interesses dos sujeitos contribuem para a insegurança de grupos vulnerabilizados pelo gênero no transporte coletivo urbano. Foram apresentadas estratégias de mitigação dessas dinâmicas com foco na promoção do desenvolvimento social humano a partir da Agenda 2030.

PALAVRAS-CHAVE: Vulnerabilidades de gênero. mobilidade urbana. interseccionalidade. transporte público coletivo.

ABSTRACT

The article analyzes gender vulnerabilities in urban mobility. The dynamics of gender violence in transport are directly related to the role of vulnerable groups in society, making it essential to look at the phenomenon through an intersectional lens. Insecurity is a factor that stands out when traveling in cities on public transport, due to incidents such as harassment, rape and other forms of violence. The question is how to mitigate gender vulnerabilities in urban mobility, considering women's experiences and perceptions of insecurity in public transport. The research is qualitative and empirical, based on a critical analysis of secondary data and a literature review, which allows us to understand the dynamics of gender vulnerabilities in urban mobility. It was possible to conclude that the experience of users and the absence of policies that consider the singularities and interests of the subjects contribute to the insecurity of gender-vulnerable groups in urban public transport. Strategies were presented for mitigating these dynamics with a focus on promoting human social development based on the 2030 Agenda.

KEYWORDS: Gender vulnerabilities. urban mobility. intersectionality. public transportation.

-
- 1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bolsista pela CAPES. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2019/2021). Possui graduação em direito pela Fundação Educacional do Município de Assis (2018). Atualmente é advogada - Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo. Franqueada do Spa das Sobrancelhas na cidade de Assis/SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial e Direito do Estado, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, empresarial, contratual e processo civil. Presidente da Comissão de Direitos Humanos da 178 Subseção da OAB em Cândido Mota/SP, gestão 2022-2024. Membro do Comitê Jovem do Sicredi Parapanema, desde 2019.
 - 2 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialização em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS(2023). Bacharel em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis (2020). Especialização em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS(2023) Advogado, com atuação generalista com ênfase em Direito Penal.

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça, no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (2021), define a violência de gênero aquela que ocorre em razão de desigualdades estruturais de gênero. Isso significa dizer que a violência de gênero decorre da desigualdade oriunda da estrutura da sociedade patriarcal, na qual as mulheres se encontram em uma posição de submissão e opressão para com os homens.

A violência, no geral, não ocorre de forma aleatória, mas sim é carregada pela cultura, tanto de etnia e sexuada como de gênero. A autora defende que a violência não se trata de um fato natural, mas que hoje representa uma grande ameaça para a condição de sobrevivência tanto individual como social de qualquer ser humano, em especial das mulheres (Bandeira, 2014).

A dificuldade no deslocamento pelas cidades é um problema diretamente relacionado às dinâmicas de violências de gênero. Os desafios na mobilidade urbana incluem infraestrutura, custo, tempo e, especialmente, segurança. Seja a pé, de bicicleta, no transporte coletivo público ou privado, a insegurança parece ser uma realidade para grupos vulnerabilizados em razão do gênero. À medida das interseccionalidades, essa situação se agrava.

Recentemente, um estudo nacional apontou que a segurança é a principal preocupação de mulheres, quando se deslocam pelas cidades. A sensação de insegurança é percebida, sobretudo, no período noturno. Mais mulheres negras (57%) do que não-negras (45%) se sentem muito inseguras quando se deslocam de ônibus, assim como quando estão no trem (mulheres negras 64% e mulheres não-negras 43%). Essa insegurança, segundo o estudo, está relacionada à ausência de políticas públicas que poderiam apoiar o deslocamento seguro das mulheres e das experiências pessoais de medo de situações de assédio, estupro e assalto. A maioria das participantes afirmou que já vivenciou alguma dessas situações (74%) ou conhece alguém (88%) que passou por pelo menos uma dessas situações em seus deslocamentos (Instituto Patrícia Galvão, Locomotiva, 2023).

A insegurança é uma sombra constante para as mulheres brasileiras ao embarcarem nos transportes coletivos urbanos, obscurecendo o seu direito à liberdade e mobilidade segura e digna. Diante disso, o artigo questiona: como mitigar as vulnerabilidades de gênero na mobilidade urbana? A pesquisa adota uma abordagem empírica qualitativa, com base em análise documental e revisão bibliográfica crítica de dados secundários, como pesquisas, relatórios institucionais e marcos normativos. A abordagem de pesquisa é transformativa, que compreende o conhecimento como parte de um processo de mudança social e valoriza a escuta ativa das experiências de grupos vulnerabilizados, considerando as interseccionalidades de gênero, raça e classe como categorias

analíticas centrais.

O artigo é dividido em três seções. A primeira seção aborda as relações de gênero e vulnerabilidades nos deslocamentos nas cidades, sobretudo, no transporte público coletivo e urbano; a segunda relaciona a mobilidade, sustentabilidade na agenda 2030; a terceira seção, por fim, apresenta estratégias a partir da dinâmica sustentável do desenvolvimento social humano para a mitigação das vulnerabilidades de gênero na mobilidade.

2 RELAÇÕES DE GÊNERO E VULNERABILIDADES NA MOBILIDADE URBANA

A célebre frase de Simone de Beauvoir, “ninguém nasce mulher, torna-se mulher”, demonstra que a desigualdade entre homens e mulheres é fruto de uma imposição da vida em sociedade. O corpo feminino é um espaço preferencial, “não apenas pelo volume de assassinatos de mulheres que vem ocorrendo nas últimas décadas, como também pelo grau de barbárie ao qual tem sido submetido” (Bandeira, 2014, p. 21).

A desigualdade se reflete em vários setores da sociedade, para o qual também os direitos e oportunidades são criados e direcionados (Liczbinski; Brustolin; Marcandeli, 2023, p. 24). Os estudos de gênero possuem um papel central nesse debate. É a partir da lente de gênero, portanto, que se pretende observar as relações que envolvem a mobilidade urbana. As relações de gênero, todavia, não podem ser homogeneizadas. Faz-se necessária uma análise interseccional, pois as relações de gênero também variam conforme as identidades de gênero. Isto é, se alteram ou se modificam conforme a classe social, raça, etnia, sexualidade e geração.

O conceito de interseccionalidade, já incorporado por autoras do feminismo negro como Angela Davis (2016) e bell hooks (2020), foi sistematizado em 1989 por Kimberlé Crenshaw (1989), teórica feminista negra estadunidense. Lugones (2020) avança na ideia de *interseccionalidade*, a partir do olhar decolonial, ao considerar a necessidade de se evitar a separação das categorias existentes no pensamento categorial, pois "somente ao perceber gênero e raça como tramados ou fundidos indissolúvelmente podemos ver as mulheres de cor" (Lugones, 2020, p. 60).

Estudos feministas pós-modernos sugerem o abandono da categoria mulher, própria da colonização discursiva (Mogrovejo, 2022), que representa apenas as vozes das mulheres brancas, ocidentais, burguesas, heterossexuais e cristãs, por meio de estudos que questionam principalmente as configurações do poder heterocêntricos e as relações sociais a partir do campo da sexualidade.

A sociedade é marcada pela desigualdade social, produz hierarquias entre pessoas e grupos sociais de modo que alguns estejam em situação de vantagem com relação a outros. As vulnerabilidades são consequências desse cenário nas cidades. E pode ser compreendida como

“exclusão da população em relação a políticas e serviços públicos” (Torossian; Rivero, 2012, p. 57). Essa noção vai além do índice de pobreza, referindo-se, mais especificamente, com o acesso a serviços e políticas públicas (Torossian; Rivero, 2012, p. 57).

A mobilidade é um direito garantido pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), que estabelece o direito fundamental de ir e vir a todo cidadão. No entanto, as mulheres enfrentam uma série de entraves para usufruir este direito de forma plena.

No ano de 2019, um estudo demonstrou que, no Brasil, cerca de 46% das mulheres não se sentem confiantes para usar meios de transporte sem sofrer assédio sexual (Instituto Locomotiva; Instituto Patrícia Galvão, 2019). Em 2020, 5,2% das mulheres entrevistadas foram assediadas em transporte particular chamado por aplicativo de transporte, como Uber, 99 Táxi, entre outros, sendo que 7,9% das mulheres foram assediadas em transporte público como em ônibus e metrô (Instituto Datafolha, 2021). Neste período, 31,9% das mulheres receberam cantadas e/ou comentários desrespeitosos quando estava andando na rua, o chamado “assédio de rua” que, segundo Oneto (2019), é preconceituado como sendo uma forma de violência, que se direciona do mais poderoso ao menos favorecido.

Em 2023, o estudo também realizado pelo Instituto Patrícia Galvão e Locomotiva, com apoio da Uber, ouviu 1.618 mulheres com 18 anos ou mais, conforme os parâmetros do PNAD/IBGE, a partir da distribuição da população brasileira por região, sexo e escolaridade, no período de 27 de setembro a 18 de outubro de 2023 e com margem de erro de 2,2 pontos percentuais, ainda evidencia a situação de insegurança no deslocamento de mulheres nas cidades. Especialmente, no período noturno com o uso do transporte coletivo público de trem ou de ônibus. A insegurança, segundo o estudo, está relacionada à ausência de políticas de mobilidade que garantam segurança diante das experiências pessoais das mulheres de assédio, estupro ou assalto relatada por 74% das participantes, ou mesmo de experiências próximas, pois 88% das participantes afirmaram conhecer alguém que já passou por pelo menos uma dessas situações (Instituto Patrícia Galvão, Locomotiva, 2023).

Esse é também o cenário da América Latina. O assédio de mulheres nos sistemas de transporte público da América Latina indica índices significativos. As vítimas tendem a ser crianças e mulheres mais jovens. Estima-se que 9 a cada 10 mulheres de 18 a 29 anos foram vítimas de assédio nas ruas em 2013 em Lima, destacando-se que em Bogotá (2014) e na Cidade do México (2016), 6 em cada 10 mulheres passaram por alguma situação de agressão sexual no transporte público (Segovia; Rico, 2017).

A insegurança nas cidades e, principalmente, na mobilidade reforça a vulnerabilidade de gênero que se agrava à medida das interseccionalidades. Isto porque fatores econômicos e raciais

podem influenciar fatores geográficos. A moradia afastada dos grandes centros e a segregação residencial com a concentração de grupos étnicos e socioeconômicos específicos em determinadas áreas atrelada à falta de infraestrutura e investimento público perpetuam e exacerbam as desigualdades existentes, criando um ciclo de privação e marginalização de áreas determinadas. Esses grupos demandam uma maior utilização do transporte público e coletivo para se deslocar e se aproximar dos instrumentos sociais.

As mulheres se encontram, historicamente, à mercê dos sistemas de transporte existentes, deparando-se com diversos entraves, como a violência de gênero no transporte público. Mas esse contexto, além de influenciar a liberdade de locomoção, tem afetado também o direito ao transporte, constitucionalmente assegurado no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal. Há um afastamento das mulheres dos sistemas de mobilidade por medo de sofrerem algum tipo de violência, o que perpetua as vulnerabilidades de gênero.

Embora as políticas públicas não sejam a salvação das mulheres, representam, à primeira vista, meios para a promoção de medidas e estratégias para a redução das desigualdades de gênero e, conseqüentemente, das próprias vulnerabilidades (Costa; Duarte, 2021, p. 450).

A mobilidade urbana, quando analisada sob a perspectiva do direito à cidade e ao transporte, demonstra-se um elemento essencial para a redução das desigualdades. A acessibilidade, segurança e eficiência nos deslocamentos urbanos das mulheres constituem objetivos comuns de diversas nações. Diante disso, o estudo analisa o tema a partir de um viés transnacional, com base na Agenda 2030.

3 MOBILIDADE URBANA E SUSTENTABILIDADE NA AGENDA 2030

Embora o globo não seja mais “[...] exclusivamente um conglomerado de nações, sociedades nacionais. Estados-nações, em suas relações de interdependência, dependência, colonialismo, imperialismo, bilateralismo, multilateralismo” (Ianni, 1999, p. 13), em virtude da quebra de barreiras nacionais (que é o cerne dos efeitos da globalização), não se pode deixar de considerar que um mundo globalizado denota a ideia de dominação do mercado, onde o lucro ocupa o principal espaço na economia e se sobrepõe frente a dignidade humana, o que enfraquece a concepção de Estado-nação.

O dinamismo e a força propulsora subjacentes à globalização residem na integração econômica, moldada, imposta e regulada pelas normas do liberalismo. Num sistema capitalista neoliberal, cujo cerne é a maximização dos lucros pelas grandes corporações, essa dinâmica se estende globalmente, não obstante algumas tentativas de contraposição à hegemonia estabelecida.

Os Estados nacionais veem a sua soberania, identidade, suas chances de poder e suas

orientações sofreram interferências cruzadas de atores transnacionais. Para Ulrich Beck (2002), a globalização ocorre a partir desses processos. O grande desafio social contemporâneo parece ser a conjuração da solidariedade, liberdade e alteridade, sem perder de vista a noção de dignidade baseada em igualdade. O que implica a reflexão sob um novo paradigma, como o comunitarismo global.

Dentre as preocupações comunitaristas, destaca-se: a manutenção de laços de solidariedade moral e de comunidade política em uma era de direitos individuais e diversidade cultural; b) a construção de uma identidade nacional sem suprimir a diversidade étnica e religiosa; c) a promoção de sentimentos de confiança e solidariedade em sociedades de massa onde as pessoas compartilham pouco em comum (Kymlicka, 2007).

No entanto, o Estado falha no planejamento comunitarista e sustentável e das cidades. Isso se reflete diretamente nos processos de urbanização. Diversos aspectos, como o saneamento básico, saúde, segurança, habitação, empregabilidade e, especialmente, a mobilidade, influenciam significativamente a qualidade de vida da população, conforme são disponibilizados ou restringidos.

Esse cenário acentua desigualdades sociais e de gênero, impactando desproporcionalmente as mulheres, que enfrentam vulnerabilidades específicas nos deslocamentos. A busca pela sustentabilidade, portanto, não pode desconsiderar a necessidade de práticas inclusivas que tenham como um de seus pilares a igualdade de gênero.

O gênero se relaciona com a dimensão social da sustentabilidade, também designada “justiça social” (Carvalho, 2016), na qual “devem estar previamente atendidos os direitos sociais fundamentais que devem ser garantidos de forma positiva pelo Estado ao cidadão”.

Desde a década de 70, têm sido empreendidos esforços transnacionais que possuem como norte a justiça social (Miranda; Azeredo, 2016). Um exemplo significativo é a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. No ano de 2015, líderes mundiais de mais de 150 países se reuniram na sede das Nações Unidas e traçaram as metas a serem alcançadas até o ano de 2030.

O documento contém 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que devem ser implantados até 2030 e abordam diversas temáticas, como pobreza, fome, cidades, trabalho decente, clima, paz, justiça e outros, dentre estes, a mobilidade urbana e a equidade.

A Agenda prevê um Objetivo específico acerca de “paz, justiça e instituições eficazes” (ODS n.º 16), mas o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), considera que “embora já investisse em práticas sustentáveis, foi somente a partir de 2019 que o STJ passou a interligar, de modo expresso, sua estratégia de atuação aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030” (Brasil, 2023).

Em outros aspectos, a situação não é muito distinta. A política conservadora e

discriminatória perpetuada no governo de Jair Bolsonaro (2018-2022) comprometeu a proteção dos direitos humanos, apresentando um retrocesso na matéria que impacta a própria Agenda 2030.

São muitos aspectos e acontecimentos que seguem em descompasso com os objetivos e metas da Agenda 2030, são questões ligadas a leis que tangem direitos de minorias, são aspectos econômicos minando áreas de importância para o desenvolvimento do país, tais como, cortes, na educação, segurança, falta de política pública, principalmente na área carcerária, onde direitos humanos praticamente inexistem (Sabbatine; Machado; Paião, 2021, p. 425).

Embora o Brasil tenha sido um dos países que firmaram o pacto no ano de 2015, a aplicação a Agenda 2030 no país se deu de forma tardia – não sendo concretamente aplicada até o momento, o que afasta o país do desenvolvimento sustentável. Não obstante, o artigo se concentra nos ODSs n.º 5 e 11 (consecução da igualdade de gênero e desenvolvimento de cidades e comunidades sustentáveis), por entender que podem oferecer valiosas contribuições no processo de elaboração e concretização de políticas públicas.

4 MITIGAÇÃO DAS VULNERABILIDADES DE GÊNERO NO TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO E DESENVOLVIMENTO SOCIAL HUMANO

A redução das desigualdades de gênero e, conseqüentemente, das vulnerabilidades de determinados grupos têm relação direta com a sustentabilidade e é a chave para o desenvolvimento sustentável. O ODS 11.2 visa melhorar a segurança rodoviária por meio da expansão dos transportes públicos, com especial atenção para as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, mulheres, crianças, pessoas com deficiência e idosos. Busca-se um planejamento urbano com mobilidade sustentável, a fim de atender ao desenvolvimento sustentável.

Conforme informação disponível no site do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, a redação da meta 11.2 foi readequada para o Brasil.

Até 2030, melhorar a segurança viária e o acesso à cidade por meio de sistemas de mobilidade urbana mais sustentáveis, inclusivos, eficientes e justos, priorizando o transporte público de massa e o transporte ativo, com especial atenção para as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, como aquelas com deficiência e com mobilidade reduzida, mulheres, crianças e pessoas idosas (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2023).

Algumas das justificativas para a readequação foram a inclusão, na redação, da priorização de modos de transporte não motorizados e coletivo de massa, além de deixar mais explícita a relevância da promoção do transporte ativo (que utilizam meios não motorizados, como bicicletas ou o simples caminhar) (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2023).

O ODS 11.2 prevê, especificamente, a questão das pessoas em situação de vulnerabilidade, registrando, expressamente, as mulheres. Como dito anteriormente, as mulheres são vulneráveis nas cidades, inclusive na mobilidade urbana e nos transportes coletivos.

Inobstante a tentativa de priorização de transportes coletivos, é justamente nos transportes públicos que as mulheres são mais suscetíveis a sofrerem alguma forma de violência, conforme se evidenciou dos dados analisados. Tendo como objetivo uma especial atenção às mulheres enquanto pessoas em situação de vulnerabilidade, a priorização deve ir além da mera expansão dos transportes coletivos; deve, em verdade, atentar-se às particularidades das mulheres.

O ODS 11.2 requer que seja dada uma maior atenção às pessoas em situação de vulnerabilidade. Como abordado anteriormente, a vulnerabilidade vai além do índice de pobreza, de forma que o ODS deve ser interpretado no sentido de acesso a sistemas de transporte seguros, indo além da “imobilidade dos mais pobres” (Carvalho, 2016).

É nesse contexto que se observa o desenvolvimento sustentável como uma consequência da concretização do direito social ao transporte. Isto porque, em sendo garantido às mulheres o acesso a sistemas de transporte seguro, serão atendidos não só o ODS 11.2, mas, também, o ODS 5, promoverá a redução das desigualdades e a inclusão social das mulheres, uma vez que “não há relações sociais numa cidade em que não se priorizam nem se garantem espaços de convivência humana e cidadania” (Rech, 2015, p. 5).

Na mobilidade urbana de mulheres, as políticas públicas representam uma estratégia de mitigação das violências e um meio de assegurar direitos. Especialmente aquelas que visem garantir sistemas de transporte seguros e acessíveis, a fim de reduzir a violência, garantir o direito social ao transporte e atingir o ODS 11.2. Afinal, o que se espera em um Estado Democrático de Direito é que se implemente e assegure serviços que atendam o bem comum igualmente (Costa, 2022).

As políticas públicas são o conjunto de planos, programas e ações, criados pelos governos para alcançar a garantia de direitos fundamentais. Ou seja, o direito fundamental social ao transporte das mulheres somente será alcançado por meio de políticas públicas específicas sobre a temática (Scarmanhã; Costa, 2018). Além disso, a própria globalização possui influência no direito das mulheres.

A globalização, a partir de uma rede articulada de proteção dos direitos humanos, influencia na tomada de posição dos Estados em relação às mulheres, pois há necessidade da criação e transformação das normas jurídicas a fim de dar cumprimento aos compromissos internacionais assumidos e promover a dignidade da pessoa humana. Além disso, mostram-se necessárias a ampliação e a revisão de políticas públicas de combate à violência de gênero. Como resultado, a comunidade interpretativa envolvida na criação e implementação das normas com relação à violência de gênero é significativa, tornando mais clara a ideia do direito como transnacional à sociedade civil, regulando Estados, mas não dependentes destes para a sua existência, satisfação e implementação (Miranda; Azeredo, 2016, p. 450).

A elaboração de políticas públicas de transporte público que estejam atentas às peculiaridades da mobilidade de mulheres, bem como, a observação a partir de reflexos da globalização, é possível buscar estratégias para o desenvolvimento sustentável.

O ODS 5.1 busca acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas, e combinado com o ODS 5.c prevê ações que adotem e fortaleçam políticas sólidas e legislação exequível para promoção da igualdade de gênero, em especial ao empoderamento de todas as mulheres e meninas, com especial atenção para as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, como mulheres.

Também é possível o alinhamento ao ODS 8.5, que prevê o alcance ao emprego pleno e a equiparação salarial entre homens, mulheres, jovens e pessoas com deficiência, cujo alinhamento viabiliza uma sociedade mais próspera financeira e economicamente, considerando que a independência financeira é crucial para os exercícios dos direitos e liberdades das mulheres, as quais se fortalecem e migram do cenário de violência e exclusão.

Existe uma preocupação em se analisar as vulnerabilidades de gênero na mobilidade urbana enquanto obstáculo ao desenvolvimento social humano e traçar estratégias que possibilitem uma sociedade com mais equidade. Enquanto um “o processo de desenvolvimento numa abordagem ampla, integrando considerações econômicas, sociais e políticas” (Sen, 2000, p. 23) e a “expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” (Sen, 2000, p. 17).

O “desenvolvimento” implica a criação de políticas capazes de impulsionar o fortalecimento das sociedades democráticas para atingir o real desenvolvimento dos seus povos com dignidade e melhor qualidade de vida. O desenvolvimento social será realizado ou florescerá quando na sociedade exista o espaço para a promoção de condutas e/ou ações democráticas para a supressão das desigualdades ou a difusão de comportamento solidário em todos os setores sociais.

Algumas medidas que podem ser adotadas visando assegurar garantias de um transporte público coletivo seguro são a diminuição do tempo de espera nos pontos de ônibus, possibilitando “paradas antiassédio”³ no período noturno ou linhas e rotas que levem em conta as necessidades de gênero. Uma infraestrutura que envolva policiamento e iluminação nas linhas de ônibus e trem, câmeras de segurança nos meios de transporte coletivo público e campanhas de prevenção ao assédio, estupro e outras formas de violência nos transportes.

Essas medidas, por si só, não garantem a promoção da mobilidade urbana de forma sustentável e a garantia do desenvolvimento social humano. Mitigar as vulnerabilidades de gênero na mobilidade urbana é (re)pensar o planejamento urbano de forma inclusiva, considerando as necessidades específicas de grupos vulnerabilizados pelo gênero e outras interseccionalidades. Medidas de mitigação de riscos só fazem sentido se houver a escuta e participação dos grupos vulnerabilizados na tomada de decisões relacionadas ao planejamento urbano e políticas de transporte.

3 Direito das mulheres de desembarcarem fora dos pontos de parada do transporte coletivo no período noturno.

Essa revalorização será para a reconciliação dos seres humanos entre si. O desenvolvimento abarca os direitos humanos, com a possibilidade de os cidadãos exercerem seus direitos políticos, cívicos, econômicos, sociais e culturais, direitos coletivos, como o direito ao meio ambiente sadio, direitos do consumidor, ao desenvolvimento, a uma vida digna (Sarreta, 2007, p.119).

O alinhamento do planejamento urbano à Agenda 2030, com o desenvolvimento e a execução de políticas públicas que incorporem uma perspectiva interseccional, podem apresentar uma alternativa ao desenvolvimento social humano e sustentável. A promoção da mobilidade urbana e a garantia do direito à cidade constituem elementos centrais no compromisso com a mitigação das vulnerabilidades de gênero e com a cidadania. Pensar uma realidade diferente permite construir no imaginário espaços urbanos que representem práticas de democracia e liberdade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo abordou como o gênero se torna um desafio à mobilidade, em especial no que se refere às vulnerabilidades das mulheres. Considerou-se não só a dificuldade para locomoção, como também a restrição de horários em que se sintam seguras para deslocar-se de casa ao trabalho, por exemplo, como também os próprios meios disponíveis para tal.

Uma sociedade, por meio de suas políticas públicas e governo – levando em conta principalmente menores áreas de atuação como a comunidade em que a mulher esteja inserida – que não se responsabilize ou se disponibilize a cuidar da maior porcentagem da população brasileira⁴ deve repensar suas abordagens de sustentabilidade e governança.

Compreende-se que a vulnerabilidade de gênero demanda, atualmente, o emprego de recursos a níveis globais, como a própria Agenda 2030 se propõe. Dentre os quais, a liberdade de locomoção ultrapassa a perspectiva de direito fundamental universal para algo ainda mais caro, isto é, o meio, o instrumento para a concretização de forma livre e plena do exercício dos direitos que reduzam em verdade referida vulnerabilidade.

Os dados analisados evidenciam que as estratégias de mitigação da insegurança no transporte público devem considerar as interseccionalidades que atravessam os sujeitos vulnerabilizados. As soluções sugeridas no bojo desta pesquisa são relevantes para uma sociedade mais justa, livre e igualitária, tendo em vista que a diminuição do tempo de espera nos pontos de ônibus, especialmente no período noturno ou linhas e rotas que levem em conta as necessidades de gênero, bem como o policiamento e iluminação nas linhas de ônibus e trem, instalação de câmeras

4 De acordo com a Pesquisa Nacional de Saúde realizada em 2019, divulgada pelo IBGE, as mulheres correspondiam a 52,2% (109,4 milhões) da população brasileira (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2019).

de segurança nos meios de transporte coletivo público e campanhas de prevenção ao assédio, estupro e outras formas de violência nos transportes, podem servir como instrumentos efetivos à redução de ao menos uma forma de vulnerabilidade que atinjam as mulheres.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA, L. M. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Revista Sociedade e Estado**, v. 29, n. 2, maio/ago. 2014.
- BECK, U. **Risk society: towards a new modernity**. New York: Sage, 2002.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2024.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **11 - Cidades e Comunidades Sustentáveis**. 2023. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods11.html>. Acesso em: 5 out. 2023.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **5 - Igualdade de Gênero**. 2023. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods5.html>. Acesso em: 5 out. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agenda 2030 no STJ**. Disponível em: <https://agenda2030.stj.jus.br/agenda-2030-no-stj/>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- CARVALHO, C. H. R. **Mobilidade urbana sustentável: conceitos, tendências e reflexões**. Brasília, DF: IPEA, 2016. (Texto para Discussão, n. 2194).
- COSTA, I. G. **Paz e serviços públicos**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 8, p. 1879-1892, 2022.
- COSTA, I. G.; DUARTE, R. S. Responsabilidade do Estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 16, n. 2, 2º quadrimestre de 2021.
- CRENSHAW, K. Demarginalizing the intersection of race and sex: a Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. **University of Chicago Legal Forum**, Chicago, v. 1989, n. 1, art. 8. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>. Acesso em: 20 maio 2024.
- DAVIS, A. **Mulheres, raça e classe**. Tradução: Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; INSTITUTO DATAFOLHA. **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. 3. ed. 2021. Disponível em: Acesso em: 17 out. 2023.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência contra meninas e mulheres no Brasil: uma análise dos dados da saúde (2011–2022)**. São Paulo, 2023. Disponível em:

https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/08/FBSP_violencia-contramulheres-e-meninas-saude-2023.pdf. Acesso em: 2 mar. 2024.

HARVEY, D. **Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana**. Tradução de Pedro Davoglio. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HOOKS, bell. **Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática**. São Paulo: Editora Elefante, 2020.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Mulheres somavam 55,2% da população no Brasil em 2019. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-08/ibge-mulheres-somavam-522-da-populacao-no-brasil-em-2019#:~:text=As%20mulheres%20correspondiam%2C%20em%202019,Geografia%20e%20Estat%3%ADstica%20\(IBGE\)](https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-08/ibge-mulheres-somavam-522-da-populacao-no-brasil-em-2019#:~:text=As%20mulheres%20correspondiam%2C%20em%202019,Geografia%20e%20Estat%3%ADstica%20(IBGE)) . Acesso em: 12 fev. 2024.

INSTITUTO LOCOMOTIVA; INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **3 em cada 4 mulheres já sofreram violência no deslocamento**. 2023. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/institucional/pesquisas/3-em-cada-4-mulheres-ja-sofreram-violencia-no-deslocamento/>. Acesso em: 17 fev. 2024.

INSTITUTO LOCOMOTIVA; INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Segurança das mulheres no transporte**. 2019. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/seguranca-das-mulheres-no-transporte-instituto-patricia-galvao-locomotiva-2019/>. Acesso em: 17 fev. 2024.

KYMLICKA, Will. *Community and multiculturalism*. Oxford: Blackwell, 2007.

LEFEBVRE, H. **O direito à cidade**. Tradução de Rubens Eduardo Frias. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2011.

LICKZBINSKI, Cátia Rejane; BRUSTOLIN, Alessandra; MARCANDELI, Raíssa Amarins. Herança bolsonarista: retrocessos no Direito das Mulheres no cenário político e social. In: *Mulheres no século XXI: gênero, direitos e sociedade*. São Paulo: Alexa Cultural, 2023. v. 2, p. 29-50.

LUGONES, Maria. Colonialidade e gênero. In: HOLANDA, Heloisa Buarque de (Org.). **Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020. p. 52-83.

MARICATO, E. **O impasse da política urbana no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2011.

MIRANDA, Juliana Almeida A.; AZEREDO, Cinthia Maria Oliveira. Violência de gênero à luz da globalização. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 68, p. 421-454, jan./jun. 2016.

MOGROVEJO, Norma. O queer, as mulheres e as lésbicas no ativismo em Abya Yala. In: HOLANDA, Heloisa Buarque de (Org.). **Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020. p. 52-83.

ONETO, Fabiana Mónica Coronel Herrera. Hacia una reconceptualización del acoso callejero. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 27, n. 3, e57206, 2019.

ONU MULHERES. **Cidades seguras para mulheres e meninas: mapeando iniciativas**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Cidades-Seguras-para-Mulheres-e-Meninas_mapeando-iniciativas.pdf. Acesso em: 2 mar. 2024.

RECH, Andressa Urnau. Mobilidade urbana. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 1, p. 1-33, 2015.

RICO, M. N. **Una lectura de género de la pobreza: trayectorias y estrategias de reproducción social**. Santiago de Chile: CEPAL, 1998.

SABBATINE, Marilda; MACHADO, Edinilson; PAIÃO, Oliviê. Agenda 2030: suas perspectivas e a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional. **Argumenta Journal Law**, n. 35, p. 411-429, 2021. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/868>. Acesso em: 20 maio 2025.

SARRETA, Claudia Regina L. **Meio ambiente e consumo sustentável: direitos e deveres do consumidor**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007.

SCARMANHÃ, Beatriz Oliveira da Silva Gonçalves; COSTA, Inês Ghedini. A importância das políticas públicas em prol da efetivação constitucional do direito à saúde na seara brasileira. In: BRITO, José D.; CACHICHI, R. C. D.; CHÁVEZ, R. R.; COSTA, I. G.; LÓPEZ, E. T.; LEÃO JUNIOR, T. M. A. (Org.). **Coletânea Direitos Humanos em homenagem ao humanista Melitón Torres Tovar**. Curitiba: Instituto Memória: Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018. v. 1, p. 453-467.

SEGOVIA, O.; RICO, M. N. ¿Cómo vivimos la ciudad?: hacia un nuevo paradigma urbano para la igualdad de género. In: SEGOVIA, O.; RICO, M. N. (Org.). **¿Quién cuida en la ciudad?: aportes para políticas urbanas de igualdad**. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2017.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TOROSSIAN, Simone Diniz; RIVERO, Nara Elaine. Políticas públicas e modos de viver: a produção de sentidos sobre a vulnerabilidade. In: CRUZ, L. R. da; GUARESCHI, N. (Org.). **Políticas públicas e assistência social: diálogo com as práticas psicológicas**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

UMA ANÁLISE SOBRE A AMBIVALÊNCIA EXISTENTE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: FRACASSO OU ÊXITO INSTITUCIONAL?

Julia Prado GUGIELMETI¹

Leonardo Henrique Leite dos SANTOS²

RESUMO

Este artigo analisa criticamente o sistema prisional brasileiro, evidenciando a ambivalência entre o fracasso da função ressocializadora prevista legalmente e o sucesso funcional da instituição prisional como mecanismo de controle social e perpetuação das desigualdades. A pesquisa, fundamentada em revisão bibliográfica, análise legislativa e dados estatísticos, utiliza a perspectiva da Criminologia Crítica para demonstrar que, apesar das normas que preveem a reintegração social do apenado, a aplicação prática das políticas ressocializadoras é insuficiente e fragmentada, sobretudo no apoio pós-penal. O apenado, inserido em um sistema que falha em reintegrá-lo à sociedade, é mantido em condição de exclusão e marginalização, refletindo a instrumentalização da prisão para gerir a miséria e manter a ordem socioeconômica vigente. A análise incorpora as contribuições de Loïc Wacquant, que concebe o encarceramento como gestão da pobreza, e Michel Foucault, que identifica a prisão como instrumento disciplinar de controle social. Conclui-se que o sistema prisional não apenas falha em sua função ressocializadora, mas alcança êxito ao reproduzir relações assimétricas de poder e exclusão social, reforçando a necessidade urgente de reformas estruturais e políticas públicas integradas que garantam a dignidade humana e a efetiva reintegração do apenado.

PALAVRAS-CHAVE: sistema prisional brasileiro; falha ressocializadora; reincidência criminal, exclusão social, encarceramento neoliberal

ABSTRACT

This critically article analyzes the Brazilian prison system, highlighting the ambivalence between the failure of the legally prescribed rehabilitative function and the functional success of the prison institution as a mechanism of social control and perpetuation of inequalities. The research is based on a literature review, legislative analysis, and statistical data, employs the perspective of Critical Criminology to demonstrate despite regulations foreseeing the social reintegration of inmates, the practical implementation of rehabilitative policies is insufficient and fragmented, especially regarding post-penal support. The inmate, inserted into a system that fails to reintegrate them into society, is kept in a state of exclusion and marginalization, reflecting the instrumentalization of prison to manage poverty and maintain the prevailing socioeconomic order. The analysis incorporates contributions from Loïc Wacquant, who conceives incarceration as a management of poverty, and Michel Foucault, who identifies prison as a disciplinary instrument of social control. It is possible to conclude that the prison system not only fails in its rehabilitative role but succeeds in reproducing asymmetrical power relations and social exclusion, reinforcing the urgent need for structural reforms and integrated public policies that guarantee human dignity and effective reintegration of the inmate.

KEYWORDS: brazilian prison system; rehabilitative failure; criminal recidivism; social exclusion; neoliberal incarceration

1. INTRODUÇÃO

1 Graduada em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

2 Graduando em direito pela Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA)

O presente artigo busca analisar o sistema de encarceramento em âmbito global. Em virtude disso, ainda que existem diferenças na interpretação e aplicação das normas penais, observa-se uma semelhança estrutural entre os sistemas prisionais: a recorrente falha no cumprimento dos preceitos jurídicos que lhes conferem legitimidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 1º da Lei de Execução Penal estabelece que "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". Contudo, verifica-se que o ideal de ressocialização previsto na norma permanece, em grande medida, como uma diretriz meramente formal, dissociada das práticas concretas do sistema penitenciário nacional, que carece de infraestrutura adequada, políticas públicas eficazes e programas consistentes de reintegração social.

Entretanto, esse descompasso entre teoria e prática não constitui a única problemática em evidência. Ainda que se reconheça a falência do sistema sob a ótica da ressocialização, é possível identificar uma contradição ainda mais profunda: o sistema prisional, mesmo falido em seus objetivos declarados, alcança êxito enquanto instrumento de reprodução e legitimação da dominação estrutural, operando como engrenagem funcional à manutenção do sistema.

Partindo desse cenário, o presente artigo propõe-se a examinar o paradoxo inerente ao sistema prisional, que reside justamente em sua ambivalência: ao mesmo tempo em que fracassa em seu objetivo declarado de ressocialização, alcança êxito como mecanismo de controle e perpetuação da desigualdade social.

Para fundamentar essa análise, é adotada a perspectiva da Criminologia Crítica, notadamente a reflexão de Cezar Roberto Bitencourt, segundo a qual "a Criminologia Crítica não admite a possibilidade de que se possa conseguir a ressocialização do delinquente numa sociedade capitalista". A partir dessa premissa, evidencia-se que o fracasso ressocializador não é acidental, mas funcional, revelando-se como expressão de uma estrutura social que utiliza o encarceramento não para reintegrar, mas para marginalizar e reafirmar relações assimétricas de poder.

Por fim, conclui-se que o presente texto tem como objetivo geral analisar a fluidez do sistema prisional enquanto instituição falida e sucedida, buscando compreender a alocação do apenado frente a essa discussão. Para tanto, a metodologia utilizada consiste na análise de artigos científicos, dados estatísticos e teorias doutrinárias, além do estudo das legislações brasileiras pertinentes.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Sobre a Ambivalência no Sistema Prisional

A prisão, sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, configura-se como uma medida privativa de liberdade de locomoção imposta pelo Estado, seja em decorrência de decisão judicial devidamente fundamentada ou em razão de flagrante delito, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal. Essa determinação legal deixa claro que a restrição da liberdade não pode ser aplicada de maneira arbitrária, devendo estar amparada por um processo formal que respeite todas as garantias constitucionais e legais. Trata-se de uma medida que atinge o núcleo essencial da autonomia individual e, por isso, é considerada uma das mais severas respostas que o Estado pode dar frente à prática de um ilícito penal. Sua imposição, portanto, carrega não apenas um peso jurídico, mas também um peso simbólico e social, representando a força coercitiva do poder estatal e a supremacia do ordenamento jurídico sobre as condutas individuais que transgridem a lei.

No campo penal, a prisão se concretiza como forma de execução da pena privativa de liberdade, disciplinada pelo artigo 33 do Código Penal, que prevê três regimes principais: fechado, semiaberto e aberto. O regime fechado corresponde ao cumprimento da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, com maior grau de restrição, normalmente destinado a delitos mais graves ou a condenados reincidentes. O regime semiaberto permite que o condenado exerça atividades laborais externas ou frequente cursos de instrução, retornando à unidade prisional ao final do dia. Já o regime aberto é cumprido, preferencialmente, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, sendo aplicado a penas mais leves e permitindo ampla circulação durante o dia, sob condições estabelecidas.

Teoricamente, esses regimes estão organizados de forma progressiva, permitindo que o condenado avance para modalidades menos restritivas conforme demonstre bom comportamento e cumprimento de parte da pena. Essa lógica, além de buscar adequar a execução à gravidade da infração e às condições pessoais do condenado, também visa prepará-lo para o retorno à liberdade plena. Entretanto, a realidade do sistema penitenciário brasileiro revela uma desconexão profunda entre o modelo legal e sua execução prática. A superlotação das unidades, a falta de vagas nos regimes adequados e a precariedade estrutural das instituições acabam por inviabilizar o correto cumprimento dessa gradação, fazendo com que muitos condenados permaneçam em regimes mais rigorosos do que aqueles que, juridicamente, teriam direito.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), em seu artigo 1º, determina que a execução da pena privativa de liberdade deve buscar não apenas o cumprimento da decisão condenatória, mas também a criação de condições para a reintegração social do condenado. Esse comando legal, embora sucinto, carrega uma concepção abrangente: a pena não deve se limitar ao aspecto retributivo, mas também ter função preventiva e ressocializadora. Assim, a prisão deveria funcionar

como um espaço onde o indivíduo, ao cumprir a pena, recebesse oportunidades de reestruturação pessoal por meio de educação, capacitação profissional, assistência médica e psicológica, apoio social e reconstrução de vínculos familiares.

Todavia, quando essa função ideal é confrontada com a realidade concreta, torna-se evidente que o sistema prisional brasileiro raramente alcança tais objetivos. As deficiências estruturais, a carência de recursos humanos e financeiros, a ausência de programas contínuos de reintegração e o estigma social que recai sobre o egresso dificultam a materialização dessa finalidade. Em muitos casos, a prisão, ao invés de servir como ponte para a reinserção social, converte-se em um ambiente de aprofundamento das condições de exclusão, reproduzindo e até ampliando as circunstâncias que levaram o indivíduo a delinquir.

Essa distorção entre norma e realidade é potencializada por fatores socioeconômicos e políticos que transcendem o espaço prisional. A lógica neoliberal, que orienta grande parte das políticas públicas contemporâneas, impõe ao Estado uma postura de retração e de transferência de responsabilidades para a iniciativa privada. Sob esse modelo, áreas que historicamente eram de gestão pública passam a ser administradas por empresas e entidades privadas, muitas vezes guiadas por interesses econômicos que não necessariamente coincidem com o interesse público.

No contexto prisional, essa tendência se manifesta por meio da privatização ou terceirização da gestão de unidades, transformando a administração penitenciária em um nicho de mercado. Nesse cenário, a população carcerária deixa de ser vista apenas como destinatária de políticas penais e passa a ser compreendida como recurso econômico: sua presença nas unidades, a realização de trabalhos internos e a própria ocupação das vagas se convertem em fonte de receita para empresas contratadas. Essa mercantilização do encarceramento cria incentivos perversos para a manutenção de altas taxas de aprisionamento, deslocando o foco da ressocialização para a lógica da ocupação máxima e da redução de custos operacionais.

A consequência desse modelo é a intensificação da precarização das condições de cumprimento de pena, especialmente para aqueles em situação de maior vulnerabilidade social. Indivíduos oriundos das camadas mais pobres, com baixa escolaridade, pouca ou nenhuma qualificação profissional e histórico de exclusão econômica são os mais afetados por um sistema que, em vez de oferecer alternativas de reconstrução, os mantém presos em um ciclo de marginalização.

Além disso, a seletividade penal, que incide de forma desproporcional sobre determinados grupos sociais, reforça a percepção de que a prisão não é aplicada de maneira igualitária. Na prática, crimes patrimoniais de pequeno valor e delitos relacionados ao comércio ou consumo de drogas, frequentemente cometidos por pessoas de baixa renda, resultam em penas privativas de liberdade

mais severas e duradouras, enquanto delitos de maior potencial ofensivo, mas, cometidos por indivíduos com maior poder econômico, muitas vezes recebem respostas mais brandas do sistema de justiça.

Dessa maneira, a função declarada da pena – prevenir delitos e reintegrar o condenado à sociedade – acaba sendo sobreposta por uma função oculta, mas efetiva: a de controle social seletivo, voltado para a contenção e invisibilização de grupos considerados indesejáveis ou excedentes para a lógica produtiva. Essa utilização instrumental da prisão garante, paradoxalmente, que, embora fracasse nos objetivos proclamados pela lei, o sistema prisional torna-se bem-sucedido em manter a ordem social tal como estruturada, preservando desigualdades e consolidando relações de poder.

Portanto, ao observar a ambivalência do sistema prisional, percebe-se que ele se encontra em uma encruzilhada: de um lado, o discurso normativo e jurídico que o define como espaço de responsabilização e reintegração; de outro, a realidade concreta que o transforma em instrumento de segregação, precarização e reprodução de desigualdades estruturais. Essa contradição não é acidental, mas parte integrante de um modelo que, longe de ser disfuncional, opera exatamente para atender a finalidades que não são oficialmente declaradas, mas que garantem sua permanência e relevância no contexto do sistema econômico e político vigente.

2.2 Sobre o Fracasso Institucional

A função da pena que legitima o uso da instituição prisional, sob o prisma da falência, mesmo com mecanismos que buscam atingir a desenvoltura do estabelecimento penal, encontra-se desafiada pelos parâmetros de reincidência.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, as causas responsáveis pelos índices alarmantes de reincidência não são estudadas cientificamente. No entanto, ele afirma:

Apesar da deficiência dos dados estatísticos é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar ninguém, ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado. A prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do tratamento do recluso. É impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não liberdade. (BITENCOURT, 2022)

Tendo em vista o problema concreto da reincidência, é evidente que a escassez de dados compromete a elaboração de estudos de caso. No entanto, esse fator também legitima a tese de que a temática não tem sido explorada com a devida relevância, uma vez que a reincidência compromete diretamente a função da pena privativa de liberdade.

Nesse contexto, observam-se divergências nas taxas de reincidência, as quais decorrem de diferentes definições do conceito e da diversidade metodológica das pesquisas. Entre os estudos

relevantes sobre o tema, destacam-se algumas pesquisas apontadas pela Revista Brasileira de Segurança Pública.

Em 1986, Adorno e Bordini adotaram uma abordagem empírica para investigar o perfil social de indivíduos reincidentes. Utilizaram dados da Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários de São Paulo, referentes ao período de 1974 a 1985, e definiram reincidência como uma nova condenação por qualquer infração penal, ocorrida até cinco anos após o término da pena anterior. A pesquisa identificou uma taxa de reincidência de 46,03%, representando quase metade da população carcerária analisada.

Analogamente, o critério utilizado por Adorno e Bordini para a definição do conceito de reincidência é encontrado como artigo no Código Penal:

Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Lemgruber, em 1989, analisou a reincidência no estado do Rio de Janeiro, com uma amostra de 5% dos presos, sem delimitação temporal, o que gerou viés nos resultados. A taxa geral foi de 30,7%, com maior incidência entre indivíduos de faixas etárias mais elevadas, enquanto a escolaridade não apresentou influência significativa.

Já em 2009, Julião examinou os efeitos de programas educacionais e de trabalho no sistema prisional fluminense, entre 1996 e 2006. A taxa geral de reincidência foi de 24%, sendo consideravelmente menor entre os que estudaram (6,3%) ou trabalharam (11,2%), o que evidencia o efeito positivo dessas atividades na prevenção da reincidência.

Em 2015, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realizou um estudo que mapeou a reincidência em cinco estados brasileiros, identificando uma média de 24,4%. Além da taxa, o estudo analisou políticas e percepções institucionais sobre a reintegração social, com foco na efetividade dos programas aplicados nos presídios.

Em Minas Gerais, Sapor, Santos e Maas, em 2017, acompanharam por cinco anos presos libertados em 2008 e encontraram uma taxa de reincidência de 51,4%, com maior prevalência entre os homens (53%).

Mais recentemente, em 2022, Carrillo e colaboradores realizaram o estudo mais abrangente até então, com quase um milhão de casos e dados provenientes de 13 estados brasileiros. A reincidência variou entre 33,5% e 37,6%, considerando o período de até cinco anos, sendo mais comum no primeiro ano (23,1%) e, especialmente, no primeiro mês após a soltura, quando 29,6% dos reincidentes voltaram ao sistema.

A partir da análise dos estudos disponíveis, é possível constatar uma significativa variação nas taxas de reincidência, reflexo das distintas metodologias adotadas, dos critérios temporais utilizados e das especificidades dos grupos pesquisados.

De modo geral, as taxas oscilam entre 24% e 51,4%. No entanto, quando se consideram grupos específicos submetidos a políticas de reintegração, como os que participaram de programas educacionais ou de trabalho no cárcere, os índices são substancialmente menores, chegando a 6,3%.

Por outro lado, em determinados recortes populacionais, como o de homens libertados em Minas Gerais, a reincidência atinge patamares mais elevados, alcançando 53%. Esses dados evidenciam não apenas a complexidade da mensuração do fenômeno, mas também a falha das instituições prisionais em atingir a ressocialização do apenado através dos mecanismos de reintegração disponíveis.

Logo, é fato que existe um índice relevante e, independentemente de sua oscilação, deve-se considerar que a sua mera existência já pressupõe a crise do pressuposto ressocializador. Isso é, o sucesso dessa função acaba se concentrando apenas na efetivação da sentença penal condenatória sem considerar a promoção de condições que favoreçam a reintegração social do condenado.

2.2.1 Mecanismos Ressocializadores

De início, cabe mencionar que, no que tange aos mecanismos ressocializadores, estes já possuem uma sub-relação com o sucesso a ser explorado posteriormente no presente artigo, visto que sua falha é substancialmente concebida pela mecanização ideológica presente nas instituições, dentre elas a prisão.

O fato é, mesmo com o grande rol de políticas públicas destinadas ao suporte do apenado, estes se concentram apenas na realidade prisional se desfocando do real cenário da ressocialização. Consequentemente, esta se inicia após a vida condenatória, do lado de fora das grades.

Analogamente, o artigo exposto pela Revista Eletrônica Brasileira Consultor Jurídico (CONJUR) de Daniel Mazola expõe a falta de atenção ao egresso como fator agravante do retorno do apenado ao crime:

O que explica uma taxa tão elevada de reincidência, se dentro dos presídios temos doenças, maus-tratos, tortura e superlotação? Porque o preso brasileiro incomoda. O egresso deixa o sistema sem dinheiro, moradia e emprego, possivelmente com uma educação precária e terá de sobreviver. Acrescido a isso temos a ausência de acompanhamento psicológico no ambiente prisional, o que dificulta ainda mais para o próprio Estado a compreensão e aplicação da ressocialização. No sistema prisional, ao menos, há comida, moradia e ausência de julgamento por seus pares. Para uma parte deles, isso é mais do que possuem fora. (MAZOLA, 2025)

Embora a Lei de Execução Penal e a Constituição Federal estabeleçam diversos mecanismos de ressocialização — abrangendo a educação (ensino básico, superior e cursos

profissionalizantes, com remissão de pena pelo estudo); o trabalho (interno ou externo, com remição, visando qualificação e disciplina); a assistência social (para obtenção de documentos, manutenção de vínculos familiares e reinserção no mercado de trabalho); a assistência à saúde (atendimento médico, odontológico, psicológico e tratamento para dependência química); a assistência jurídica (garantia de acesso à Defensoria Pública e orientação jurídica); a assistência religiosa (assegurar liberdade de culto e suporte espiritual); as políticas de progressão e benefícios (progressão de regime, livramento condicional, saídas temporárias, indulto e comutação de penas); o apoio pós-penal (patronato e programas de reintegração); e os programas psicossociais (acompanhamento psicológico, terapia ocupacional e prevenção da violência) — todos fundamentados no respeito à dignidade da pessoa humana e na redução da reincidência, sendo que a eficácia dessas políticas permanece radicalmente comprometida pela limitação do amparo ao período prisional.

O apoio pós-penal, que deveria funcionar como pilar central na continuidade do processo de ressocialização, encontra-se desqualificado e marginalizado na realidade brasileira. Essa deficiência decorre da insuficiência e fragmentação dos programas, da precariedade dos investimentos públicos, do estigma social excludente que marginaliza os egressos, e da ausência de políticas integradas entre órgãos estatais e instituições privadas. Tal quadro perpetua um ciclo vicioso, no qual a alta taxa de reincidência criminal evidencia a falência do sistema em garantir uma real reintegração social.

Dessa forma, o modelo brasileiro de ressocialização revela-se essencialmente carcerário, ignorando que a etapa mais complexa e decisiva da reinserção se dá após o cumprimento da pena. A omissão estatal diante do egresso, aliada à ausência de políticas públicas eficazes e integradas de apoio psicológico, educacional, habitacional e laboral, não só inviabiliza a função preventiva e reeducativa da pena, como legitima a perpetuação do encarceramento em série. Assim, o discurso jurídico sobre a função ressocializadora da pena configura-se, em última análise, como mera retórica — uma promessa não cumprida que oculta as reais falhas estruturais do sistema penal brasileiro.

2.3 A Disruptura Constitucional Para Além do que Dispõe a Lei de Execução Penal (Lep) Sobre a Ressocialização.

A ineficácia do projeto ressocializador demonstra não apenas o descumprimento das diretrizes expressas na Lei de Execução Penal (LEP), mas também uma ruptura mais profunda com os fundamentos éticos, morais e jurídicos que estruturam o Estado Brasileiro. Essa falha transcende a esfera normativa da LEP e revela uma crise constitucional grave, que atinge os alicerces do Estado

Democrático de Direito.

A Constituição Federal, enquanto lei máxima do ordenamento jurídico, estabelece diretrizes claras para a proteção dos direitos humanos e para a garantia de tratamento digno aos indivíduos, independentemente de sua situação legal.

Enquanto pilar fundamental desse Estado, a Constituição Federal de 1988 deve ser rigorosamente observada, principalmente porque o comprometimento do processo de ressocialização implica diretamente na violação de garantias constitucionais essenciais. O devido processo legal, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida do apenado são ameaçados pela ausência de políticas efetivas que assegurem sua reintegração social. Além disso, essa omissão institucional repercute de maneira profunda e negativa na coletividade, comprometendo a própria ordem social e a paz pública. Ao não garantir condições mínimas para a transformação social, o sistema falha em sua função preventiva e educativa, perpetuando um ciclo de violência e exclusão.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal estabelece que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo este princípio basilar para a proteção de todos os direitos fundamentais.

A dignidade, enquanto valor intrínseco, transcende o status jurídico do indivíduo, uma vez que garante direitos inalienáveis mesmo àqueles privados de liberdade. O descaso com a ressocialização reflete, portanto, uma afronta direta a esse princípio, que deveria guiar todas as ações estatais, incluindo as relacionadas à execução penal.

Negar esse princípio inerente a todo cidadão significa, em última análise, negar ao apenado a possibilidade real de reconstruir sua vida, resgatar sua autonomia e reintegrar-se socialmente de forma digna e produtiva. Isso porque o processo de ressocialização não pode ser reduzido a uma mera formalidade legal, mas precisa ser efetivado através da oferta de condições adequadas e continuadas, que envolvam educação, trabalho, saúde e assistência social no âmbito prisional. Sem esses elementos, o condenado permanece marginalizado, exposto a condições degradantes, que não apenas violam seus direitos fundamentais, mas também, reforçam estigmas sociais e limitam suas chances de reabilitação.

Michel Foucault, em *Vigiar e Punir*, já advertia que a prisão moderna não surgiu para reabilitar, mas sim para disciplinar e controlar setores marginalizados da sociedade, funcionando como um instrumento de manutenção de hierarquias sociais. Essa perspectiva crítica encontra eco em estudos contemporâneos, como o de Wacquant (1999), que descreve a prisão como um depósito social de populações excedentes e indesejadas, incapaz de promover a reintegração, mas extremamente eficiente em reforçar desigualdades estruturais.

Além disso, a omissão estatal no cumprimento do dever de ressocializar não apenas

compromete o futuro do egresso, mas também gera efeitos colaterais sobre a segurança pública. Comunidades inteiras acabam expostas a um ciclo vicioso no qual a prisão, ao invés de reduzir a criminalidade, contribui para sua manutenção e expansão, aprofundando desigualdades e reforçando estigmas sociais. Trata-se, portanto, de uma falha que afeta tanto o indivíduo encarcerado quanto o tecido social como um todo.

Portanto, a disruptura constitucional causada pela ineficácia da ressocialização demanda uma reflexão crítica e urgente acerca do sistema penitenciário brasileiro, exigindo reformas estruturais que contemplem a dignidade da pessoa humana, o respeito às garantias fundamentais e a promoção de condições reais para a reintegração social, sob pena de perpetuar-se um grave desrespeito ao texto constitucional e aos valores democráticos que ele tutela.

2.4 Sobre o Êxito Institucional

A ausência de ressocialização no sistema prisional não pode ser interpretada apenas como uma falha estrutural ou administrativa, mas sim, como um fenômeno funcional à lógica do capitalismo contemporâneo, por esse motivo, essa falha é considerada um sucesso para a lógica neoliberal.

O encarceramento em massa, longe de ter como objetivo principal a reintegração social, cumpre papéis estratégicos na manutenção da ordem econômica e política vigente.

No âmbito econômico, o sistema prisional atua como instrumento de gestão da pobreza e do excedente populacional, garantindo o controle social sobre as camadas mais vulneráveis e produzindo mão de obra barata ou gratuita por meio do trabalho prisional, frequentemente remunerado de forma irrisória ou até não remunerado. Tal dinâmica reforça a exploração e perpetua a precariedade, reduzindo custos para empresas e para o próprio Estado.

Do ponto de vista político e ideológico, a não-ressocialização sustenta um ciclo de exclusão que justifica altos investimentos em segurança pública, policiamento ostensivo e expansão do aparato repressivo estatal. A construção e manutenção de presídios, os contratos de alimentação, vigilância e tecnologia de monitoramento alimentam um mercado lucrativo — conhecido como “indústria do cárcere” — que depende do encarceramento contínuo para manter seu fluxo econômico. Nesse contexto, ressocializar efetivamente representaria reduzir drasticamente as taxas de reincidência, reinserir indivíduos no mercado de trabalho com mais autonomia e direitos e, conseqüentemente, enfraquecer as bases de sustentação dessa estrutura lucrativa e excludente.

Além disso, a ausência de ressocialização alimenta uma narrativa social baseada no medo e na estigmatização do indivíduo que passou pelo sistema prisional, desviando o debate público das causas estruturais da criminalidade, como a desigualdade, a pobreza e a falta de acesso à educação e

ao trabalho.

Michel Foucault, em *Vigiar e Punir*, já demonstrava que a prisão moderna não nasceu para reabilitar, mas para disciplinar corpos e controlar socialmente a população.

Loïc Wacquant, por sua vez, em *As Prisões da Miséria*, evidencia que, no contexto neoliberal, o encarceramento funciona como mecanismo de gestão da miséria, ocultando e punindo os efeitos da precarização do trabalho e da marginalização social.

Máquina varredora da precariedade, a instituição carcerária não se contenta em recolher e armazenar os (sub)proletários tidos como inúteis, indesejáveis ou perigosos, e, assim, ocultar a miséria e neutralizar seus efeitos mais disruptivos: esquece-se frequentemente que ela própria contribui ativamente para estender e perenizar a insegurança e o desamparo social que a alimentam e lhe servem de caução. (WACQUANT, 1999, p. 94).

Dessa forma, a prisão funciona como um instrumento que esconde as consequências mais visíveis da desigualdade estrutural, reprimindo os efeitos da exclusão social e econômica causada pelo modelo neoliberal. Entretanto, essa “gestão da miséria” é ilusória, pois o encarceramento não resolve as causas da exclusão, mas, paradoxalmente, contribui para a perpetuação do ciclo de marginalização e insegurança social. Assim, a instituição prisional acaba por administrar e prolongar a pobreza e a vulnerabilidade social, invés de promover a ressocialização dos indivíduos encarcerados, confirmando o caráter político e econômico do sistema prisional no contexto contemporâneo.

Assim, a ausência de políticas efetivas de ressocialização não é mero acidente ou deficiência administrativa, mas um elemento intrínseco à lógica de funcionamento do sistema capitalista, que encontra no encarceramento e na exclusão social ferramentas eficazes para a reprodução de sua ordem econômica e política. Trata-se, portanto, de um mecanismo que, ao violar a função social da pena prevista na Lei de Execução Penal e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, reafirma a natureza seletiva e instrumental do sistema penal.

3. CONCLUSÃO

A análise empreendida ao longo deste trabalho permitiu constatar que o sistema prisional brasileiro opera em um cenário de profunda ambivalência: de um lado, apresenta-se como fracassado em seu objetivo formal de ressocialização previsto na Lei de Execução Penal e respaldado pela Constituição Federal, e de outro lado, demonstra elevado êxito como instrumento funcional de controle social, manutenção da ordem socioeconômica e perpetuação das desigualdades estruturais. Tal constatação confirma a premissa da Criminologia Crítica de que o fracasso ressocializador não constitui um desvio eventual ou resultado de ineficiências administrativas, mas sim, uma característica intrínseca a um modelo punitivo que se alimenta da

marginalização e da reincidência para sustentar-se.

A ineficácia dos mecanismos de reintegração, especialmente no que se refere ao apoio pós-penal, revela-se como ponto nevrálgico do problema, uma vez que a ausência de políticas públicas integradas, a precariedade estrutural, o estigma social e a omissão estatal inviabilizam a reinserção efetiva do egresso. Nesse contexto, a reincidência não é apenas sintoma da falha institucional, mas também um indicativo do êxito funcional do sistema no atendimento a interesses políticos e econômicos vinculados à chamada “indústria do cárcere”, conforme evidenciado pelas reflexões de Michel Foucault e Loïc Wacquant.

Além de representar um descumprimento das diretrizes da Lei de Execução Penal (LEP), o atual modelo de encarceramento configura uma violação direta aos princípios constitucionais, em especial ao da dignidade da pessoa humana, que impõe ao Estado a obrigação de assegurar condições mínimas para a reconstrução da vida do indivíduo condenado. A negligência nesse aspecto compromete não apenas os direitos do apenado, mas também a segurança coletiva, ao perpetuar ciclos de exclusão e violência.

Portanto, superar essa lógica exige mais do que ajustes pontuais ou reformas meramente procedimentais. É necessária uma transformação estrutural que rompa com a função meramente repressiva e seletiva da prisão, incorporando políticas públicas intersetoriais que priorizem a educação, a capacitação profissional, o acompanhamento psicossocial e o apoio pós-penal efetivo. Tais medidas, associadas à revisão crítica do papel do encarceramento na sociedade contemporânea, constituem caminhos indispensáveis para que o sistema penal deixe de operar como engrenagem de reprodução da desigualdade e passe, de fato, a cumprir sua função social e constitucional de reintegração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. A reincidência e o falacioso objetivo ressocializador. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/bitencourt-reincidencia-falacioso-objetivo-ressocializador/>. Acesso em: 31 jul. 2025.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral – Volume 1*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 31 jul. 2025.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 01 ago. 2025.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Diário Oficial da União, Brasília, 12 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 31 jul. 2025.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2018.

MAZOLA, Daniel. Estado de Direito se preocupa em punir, não em ressocializar. *Blog do Siro Darlan*, 14 mar. 2025. Disponível em: <https://blogdosirodarlan.com/?p=qyoeqdz>. Acesso em: 31 jul. 2025.

SABÓIA, João Pedro; ALMEIDA, Alberto Carlos; VASCONCELOS, Marcos Carvalho de. Reincidência criminal. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 20-35, 2019. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/rbsp/article/view/1970/874>. Acesso em: 31 jul. 2025.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. São Paulo: Boitempo, 1999.

VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL: ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO-JURÍDICO DE LA LEY OLIMPIA ARGENTINA

Nicolás Martín DÍAZ

RESUMEN

Cuando hablamos de violencia de género digital nos referimos a agresiones cometidas mediante tecnologías de la información y la comunicación, dirigidas contra mujeres por razones de género. Este fenómeno abarca conductas como la difusión no consentida de imágenes íntimas, el ciberacoso, la creación de *deepfakes* sexuales, entre otras. El presente trabajo analiza estas nuevas formas de violencia desde una perspectiva criminológica crítica y jurídica con enfoque de género, examinando la respuesta penal y normativa en Argentina y comparando con desarrollos en México, España, Brasil y otros contextos. Se destaca la reciente Ley 27.736 (Ley Olimpia Argentina, 2023), que incorporó la violencia digital de género en la Ley 26.485 de protección integral a las mujeres, y los proyectos de reforma penal como la llamada Ley Belén para tipificar delitos informáticos de género. A través de un análisis doctrinario, y normativo, se discuten los desafíos que plantea la violencia de género en línea para el Derecho penal tradicional, la necesidad de una adecuada tipificación de conductas (sextorsión, difusión de material íntimo no consentido, ciberacoso, etc.) y la importancia de adoptar una perspectiva de género en la interpretación y aplicación de la ley. Asimismo, desde la criminología crítica se evalúa la eficacia y los límites del abordaje punitivo, enfatizando la urgencia de complementar la respuesta penal con estrategias preventivas, educativas e institucionales.

PALABRAS CLAVE: violencia de género digital; sextorsión; pornografía no consentida; ciberacoso; Ley Olimpia; criminología crítica.

ABSTRACT

Digital gender-based violence refers to abuses committed via information and communication technologies, predominantly targeting women because of their gender. This phenomenon includes behaviors such as sextortion, non-consensual pornography (misleadingly known as *revenge porn*), cyber-harassment, the non-consensual sharing of intimate images, and the creation of sexual *deepfakes*, among others. This article analyzes these new forms of violence from a critical criminological and legal gender perspective, examining the criminal justice and regulatory responses in Argentina and comparing them with developments in Mexico, Spain, Brazil, and other contexts. It highlights the recent Law 27.736 (Argentina's Olimpia Law, 2023), which incorporated digital gender violence into Law 26.485 on comprehensive protection of women, as well as pending penal reform bills like the so-called Belén Law that seek to criminalize gender-based cybercrimes. Through doctrinal, case-law and normative analysis, we discuss the challenges that online gender violence poses to traditional criminal law, the need to adequately typify behaviors (sextortion, non-consensual intimate material distribution, cyberstalking, etc.), and the importance of adopting a gender perspective in the interpretation and enforcement of law. Likewise, from a critical criminology viewpoint, we critically assess the effectiveness and limits of a punitive approach, emphasizing the urgency of complementing criminal sanctions with preventive, educational, and institutional strategies.

KEYWORDS: digital gender violence; sextortion; non-consensual pornography; cyber-harassment; Olimpia Law; critical criminology.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el avance de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) ha generado nuevas oportunidades y beneficios para el desarrollo humano. Según un estudio presentado en mayo de 2023, el 78% de las viviendas particulares ocupadas en Argentina tienen acceso a Internet¹. En el cuarto trimestre de 2021, se registró que el 90,4% de los hogares urbanos tiene acceso a internet². Además, los datos muestran que en Argentina, 88 de cada 100 personas usan teléfono celular y 87 de cada 100 utilizan internet.

Esto también ha propiciado la emergencia de nuevas formas de violencia de género en el entorno virtual. Las agresiones perpetradas en línea contra mujeres (y personas con identidad de género percibida como femenina) reproducen las mismas lógicas de poder desiguales y machistas presentes en el mundo offline, pero potenciadas por el alcance global, la viralización y el relativo anonimato que brindan las plataformas digitales³⁴.

A pesar de su gravedad, estas violencias digitales basadas en género no han sido aún plenamente comprendidas ni atendidas dentro del marco más amplio de la violencia sistémica contra las mujeres. La falta de consenso sobre una definición clara de la violencia de género digital a nivel internacional, que en algunos lugares ha comenzado a resolverse, ha dificultado su visibilización y abordaje efectivo, generando en las víctimas sentimientos de desprotección⁵.

Diversos estudios evidencian que la violencia en línea impacta desproporcionadamente a las mujeres. Se estima, por ejemplo, que alrededor del 90% de las personas afectadas por la difusión no consentida de imágenes íntimas son mujeres⁶. En Argentina, una encuesta de Amnistía Internacional reveló que 1 de cada 3 mujeres ha sufrido violencia en redes sociales, siendo frecuentes las amenazas (26% de los casos) y los mensajes de contenido sexual o misógino (59% de los casos), con consecuencias como crisis de ansiedad (36%), pérdida de autoestima (35%) y temor a salir al espacio público (34%) (GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, 2024). Estos

1 **INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS. (2022).** Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2022 [Base de datos]. Recuperado el 14 de julio de 2025 en <https://www.argentina.gob.ar/censo2022>

2 **INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS. (2022).** INDEC. Recuperado el 14 de julio de 2025, de <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-26>

3 **ARGENTINA. Ley N° 27.736 (Ley Olimpia): modificación de la Ley 26.485, incorporando la violencia digital como modalidad de violencia de género.** Boletín Oficial de la República Argentina, Publicación No. 296572, 23 de octubre de 2023. Disponible en línea.

4 **ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA).** *La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas: Guía de conceptos básicos, herramientas de seguridad digital y estrategias de respuesta* / Comisión Interamericana de Mujeres, CICTE. Washington, D.C.: OEA, 2021. (Serie Documentos oficiales: OEA/Ser.D/XXV.25). Disponible en línea. Consultado el 15 de julio de 2025.

5 **GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.** *Ley Olimpia y Ley Belén: herramientas para proteger derechos digitales y combatir la violencia de género* / Dirección General de Ciberseguridad. Buenos Aires: Ciudad de Buenos Aires, marzo 2024. Documento oficial sobre agresiones digitales basadas en género. Disponible en línea. Consultado el 15 de julio de 2025.

6 **CYBER CIVIL RIGHTS INITIATIVE.** *90% of victims of the distribution of non-consensual intimate imagery are women.* [S.l.], 2023. Disponible en: <https://cyberights.org/ncii-90-of-victims-of-the-distribution-of-non-consensual-intimate-imagery-are-women/>. Consultado el 16 de julio de 2025.

datos confirman que la violencia digital no es un problema menor, sino que produce daños reales y equiparables a los de la violencia física, afectando múltiples dimensiones de la vida de las víctimas (psicológica, emocional, social, etc.).

Ante esta realidad, surge la pregunta de cómo responder desde el Derecho penal y las políticas públicas a estas nuevas modalidades de violencia. Los ordenamientos jurídicos tradicionales han tendido a rezagarse respecto de la rápida evolución de las TIC, dejando vacíos legales o respuestas inadecuadas frente a conductas lesivas cometidas en entornos virtuales. Sin tipos penales específicos, hechos como la difusión de fotos íntimas sin permiso, la extorsión sexual en línea o el acoso por redes muchas veces debieron encuadrarse forzosamente en figuras convencionales (coacciones, delitos contra el honor, violación de secretos, etc.), resultando en lagunas de punibilidad o sanciones insuficientes. Esto ha motivado en años recientes una serie de reformas legislativas e iniciativas de ley en distintos países -en este análisis nos volcaremos, principalmente, a Latinoamérica- para reconocer y tipificar la violencia digital de género, inspiradas en gran medida por el movimiento impulsado por la activista mexicana Olimpia Coral Melo Cruz⁷.

En este trabajo realizamos un análisis exhaustivo de la violencia de género digital desde dos perspectivas complementarias: la jurídico-penal (examinando la evolución normativa, tipificación de conductas y desafíos legales) y la de la criminología crítica con enfoque de género (valorando las respuestas penales, sus alcances y limitaciones, en el contexto de las estructuras sociales de poder). En particular, se profundiza en el caso argentino, focalizando en la Ley Olimpia en Argentina (Ley 27.736, 2023) -que incorpora la violencia digital al marco legal de violencia de género- y en el debate sobre la tipificación penal de las nuevas formas de violencia digital a través de proyectos como la Ley Belén. A su vez, se incorporan referencias comparadas de México, España, Chile, Brasil y otros países, con el fin de situar la discusión argentina en un contexto latinoamericano e internacional más amplio.

La hipótesis subyacente es que, si bien la respuesta penal resulta necesaria para visibilizar el fenómeno y sancionar a los agresores, no es suficiente por sí sola. Una aproximación comprehensiva exige también medidas preventivas, educación digital con perspectiva de género, capacitación de operadores judiciales y la transformación de las prácticas institucionales que muchas veces revictimizan a las afectadas. Desde la criminología crítica feminista, se debate la tensión entre recurrir al punitivismo como solución inmediata (a riesgo de caer en la “ilusión punitiva” que no resuelve las raíces del problema) y la obligación del Estado de garantizar justicia y

7 **Olimpia Coral Melo Cruz** (Huauchinango, Puebla, 6 de julio de 1990) es una activista mexicana reconocida por impulsar la llamada **Ley Olimpia**, iniciativa que penaliza la difusión no consentida de contenido íntimo sexual, producto de su propia experiencia como víctima de violencia digital en 2013. Fue incluida en la lista de las **100 personas más influyentes del mundo** por *Time* en 2021

reparación a las víctimas de violencias emergentes.

VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL: CONCEPTO Y CONTEXTO

La violencia de género digital puede definirse como toda acción u omisión basada en razones de género, cometida parcial o totalmente a través de tecnologías digitales, que cause daño o sufrimiento a las mujeres, afectando sus derechos y libertades. La reciente Ley Olimpia argentina la describe como aquella violencia ejercida mediante el uso de TIC que implique obtención, reproducción y difusión de material digital (real o simulado) íntimo o de desnudez sin consentimiento, la emisión de discursos de odio misóginos o estereotipos sexistas, situaciones de acoso, amenaza, extorsión o control virtual, o cualquier acción contra la integridad sexual o identidad digital de las mujeres a través de medios tecnológicos. En otras palabras, abarca un amplio espectro de conductas lesivas mediadas por tecnología, desde la publicación no consentida de imágenes privadas hasta el hostigamiento sistemático en redes sociales, la suplantación de identidad con fines de humillación, el acceso no autorizado a dispositivos o cuentas (hacking) para violentar la intimidad, e incluso la difusión de datos personales o mensajes de odio por razón de género. Se trata de un concepto dinámico y en constante evolución, dado que las modalidades de agresión se reinventan al ritmo de los avances tecnológicos.

Es importante situar la violencia digital de género en el contexto de la violencia de género en general. Numerosos estudios han señalado que Internet y las plataformas virtuales no son ámbitos neutrales, sino que tienden a reproducir y amplificar las desigualdades y violencias existentes en la sociedad⁸. Así, las mujeres y niñas enfrentan riesgos particulares en línea simplemente por su condición de género. Especialmente vulnerables son aquellas que, además, ocupan roles públicos o desafiantes del orden tradicional (por ejemplo, periodistas, activistas feministas, políticas): con frecuencia son blanco de campañas de acoso masivo, amenazas e intimidación en entornos digitales con el objetivo de silenciarlas o expulsarlas del debate público. Como ha advertido la Organización de los Estados Americanos, uno de los objetivos de la violencia digital es precisamente mantener a las mujeres en silencio y restringir su participación, atacando su voz, su sexualidad y su reputación en la esfera pública. De este modo, la violencia en línea actúa como una extensión de la violencia patriarcal tradicional, aprovechando las características del mundo digital (anonimato, rapidez de difusión, alcance ilimitado) para ejercer control y daño.

La ausencia de barreras físicas en Internet, sin embargo, no hace menos reales los efectos de estas agresiones. Las víctimas de violencia digital suelen experimentar graves impactos

8 SUZOR, Nicolas; DRAGIEWICZ, Molly et al. *Human Rights by Design: The Responsibilities of Social Media Platforms to Address Gender-Based Violence Online*.

psicológicos y emocionales: ansiedad, depresión, estrés postraumático, aislamiento social, e incluso ideas suicidas en casos extremos. El caso paradigmático de Belén San Román en Argentina ilustra el extremo daño que puede causar la difusión no consentida de material íntimo: Belén, de 25 años, se quitó la vida en 2020 luego de que su expareja viralizara videos íntimos suyos para extorsionarla y humillarla, ante la impotencia de no encontrar amparo legal efectivo. Lamentablemente, la historia de Belén no es aislada; similares casos de víctimas de este delito inducidas al suicidio se han reportado en diversos países, lo que da cuenta del potencial letal de esta forma de violencia. Incluso cuando no se llega a ese extremo, las secuelas en la vida de las afectadas son profundas: muchas optan por autocensurarse o abandonar espacios digitales (redes sociales, foros, etc.) para evitar nuevos ataques, con lo cual se ve menoscabada su libertad de expresión y su participación en la vida social y profesional. Queda claro entonces que la violencia de género digital constituye una violación de múltiples derechos (a la integridad, a la intimidad, a la dignidad, a la no discriminación, a la libertad de expresión, entre otros) y merece ser abordada con la misma seriedad y urgencia que las formas “tradicionales” de violencia contra las mujeres

Por otro lado, es preciso reconocer que no existe un único perfil de agresor ni de víctima en la violencia digital de género. Si bien en muchos casos el perpetrador es una expareja masculina que actúa motivado por celos, venganza o afán de control (trasladando al ámbito virtual la dinámica de la violencia doméstica), también proliferan agresores anónimos o comunidades enteras que hostigan en grupo (foros misóginos, grupos coordinados para acosar feministas, etc.). Las víctimas, por su parte, aunque transversalmente mujeres, pueden ser de cualquier edad y condición; sin embargo, ciertos grupos enfrentan riesgos incrementados, como las adolescentes (por el fenómeno del *grooming*, el acoso sexual en línea y la presión del sexting), las mujeres jóvenes que producen contenido en redes (blanco de ataques misóginos), o las mujeres de colectivos vulnerables (por ejemplo, mujeres trans, que sufren formas específicas de violencia digital transfóbica y misógina). La interseccionalidad juega un rol: la experiencia de una mujer indígena atacada en redes con discursos racistas y sexistas combinados difiere de la de una influencer urbana objeto de acoso sexual online, aunque ambos sean casos de violencia de género digital. Por ello, cualquier respuesta jurídica o política debe incorporar una perspectiva interseccional, entendiendo la diversidad de experiencias y necesidades de protección.

Resumidamente podemos hablar entonces que la violencia de género digital es un fenómeno complejo, multiforme y global, caracterizado por la utilización de medios tecnológicos para vulnerar los derechos de las mujeres, dentro de un continuum de violencia machista. Reconocer sus particularidades y nombrarla adecuadamente (evitando términos engañosos como “pornovenganza” que trivializan la agresión al sugerir motivos personales de venganza, cuando en

realidad se trata de violencia sexual y psicológica no consentida⁹) es el primer paso para combatirla. A continuación, analizaré cómo ha respondido el ordenamiento jurídico a este desafío, tanto en Argentina como en el plano internacional, y cómo el Derecho penal está intentando dar cabida a estas nuevas realidades.

RESPUESTAS LEGALES: ARGENTINA Y DESARROLLOS COMPARADOS

En los últimos años se ha observado un creciente esfuerzo por actualizar las legislaciones para reconocer la violencia digital dentro de los marcos normativos de violencia de género y para tipificar penalmente las conductas más lesivas vinculadas a este fenómeno. América Latina ha sido pionera en varias de estas iniciativas, impulsadas en gran medida por movimientos feministas locales. A continuación, se examina el caso argentino, con la reciente Ley 27.736 (*Ley Olimpia*) y el estado de las reformas penales propuestas, en diálogo con las experiencias de México, Chile, España y Brasil, entre otros.

LA LEY OLIMPIA EN ARGENTINA (LEY 27.736/2023)

Argentina contaba desde 2009 con la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, que define múltiples modalidades de violencia de género (física, psicológica, sexual, económica, simbólica, etc.). Sin embargo, hasta fechas recientes dicha ley no contemplaba expresamente la violencia en entornos digitales. Esto cambió en octubre de 2023 con la sanción de la Ley 27.736, conocida mediáticamente como “Ley Olimpia” en alusión a la inspiración proveniente de México. Esta ley modificó la Ley 26.485 para incorporar la violencia digital o telemática como una modalidad específica de violencia contra las mujeres.

Con la reforma, la ley integral ahora reconoce explícitamente los “derechos y bienes digitales” de las mujeres como bienes jurídicos a proteger, garantiza el derecho de las mujeres a que se respete su dignidad e identidad también en los espacios digitales, y define la violencia contra las mujeres de forma amplia tanto en el “ámbito público como en el privado, en el espacio analógico o digital”. En particular, se añadió un inciso específico que define violencia digital o telemática en los siguientes términos:

“Toda conducta, acción u omisión en contra de las mujeres, basada en su género, cometida, instigada o agravada en parte o en su totalidad con asistencia de las tecnologías de la información y la comunicación, que tenga por objeto causar daños físicos, psicológicos, económicos, sexuales o morales, tanto en el ámbito privado como en el público, a ellas o su grupo familiar”.

9 BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Sexting, pornovenganza, sextorsión... ¿o qué? (A propósito de un proyecto legislativo tendiente a castigar la difusión de imágenes no consentidas de desnudez o vídeos de contenido sexual)*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2017. Revista *Pensamiento Penal*, julio-noviembre 2017. Disponible en línea.

La definición continúa enumerando ejemplos de violencia digital, incluyendo “ataques a la dignidad, reputación, identidad o libertad en el espacio digital; la obtención, producción y difusión no consentida de material digital (real o editado) de índole íntima o de desnudez; la difusión de discursos de odio misóginos y patrones sexistas; situaciones de acoso, amenazas, extorsión, control o espionaje de la actividad virtual; accesos no autorizados a dispositivos o cuentas (hacking); robo y divulgación no consentida de datos personales; acciones contra la integridad sexual mediante TIC; y cualquier ciberataque futuro que afecte derechos protegidos por la ley”.

En paralelo, la Ley 27.736 introdujo una serie de medidas para fortalecer la protección y persecución de estos hechos: por ejemplo, ordena implementar servicios gratuitos de denuncia y asesoramiento tanto telefónicos como digitales para casos de violencia digital; asegura la gratuidad de pericias informáticas y patrocinio jurídico especializado para las víctimas; dispone la preservación diligente de la evidencia digital por parte de cuerpos especializados; y faculta a la justicia a dictar medidas cautelares específicas, como prohibir el contacto del agresor vía tecnológica y ordenar a plataformas digitales la supresión de contenidos que constituyan violencia digital. Estas últimas innovaciones resultan cruciales: ante la viralidad del contenido dañino, la posibilidad de remoción rápida de publicaciones en redes sociales o sitios web (vía orden judicial) y la obligación de las plataformas de conservar los datos del infractor (para futuras acciones legales) son herramientas concretas para mitigar el daño y facilitar la investigación. En suma, la Ley Olimpia argentina visibiliza normativamente la existencia de la violencia de género en entornos digitales y sienta las bases para una respuesta más eficaz, coordinando medidas de prevención, asistencia a las víctimas y primeros pasos para la sanción. No obstante, es importante señalar que esta ley se inserta en el ámbito del derecho administrativo y civil (protección integral de las mujeres) más que en el derecho penal. Es decir, la Ley 27.736 por sí misma no crea nuevos delitos ni modifica el Código Penal, sino que reconoce la violencia digital en la ley especial 26.485 y ordena políticas públicas al respecto. Para abordar la arista penal, han surgido iniciativas complementarias, como veremos a continuación.

PROYECTOS DE REFORMA PENAL: LA LEY BELÉN Y TIPIFICACIÓN DE DELITOS DIGITALES

Con la incorporación de la violencia digital al marco legal integral, el siguiente paso lógico en Argentina ha sido impulsar reformas al Código Penal para tipificar explícitamente las conductas delictivas más comunes en esta materia. Históricamente, la respuesta penal argentina a hechos como la difusión de imágenes íntimas sin consentimiento fue deficiente: delitos existentes como *la*

violación de secretos o privacidad (arts. 155 y 153 CP), *las coacciones* (art. 169 CP) o *las injurias* podían aplicarse parcialmente, pero ninguno abarcaba con precisión el núcleo del daño causado ni proveía penas adecuadas. Esta laguna legal motivó la presentación de numerosos proyectos de ley desde mediados de la década de 2010; sin embargo, más de 25 proyectos para criminalizar la difusión no consentida de material íntimo quedaron archivados sin éxito, revelando una preocupante inercia legislativa frente a un problema en aumento.

En 2022, paralelamente al debate de la Ley Olimpia, cobró fuerza un proyecto bautizado como “Ley Belén”, nombrado en memoria de Belén San Román. La Ley Belén busca reformar el Código Penal argentino para introducir delitos específicos de violencia digital. Concretamente, propone tipificar: (a) la obtención no consentida de material íntimo (imágenes, grabaciones de desnudez o contenido sexual obtenidos sin autorización o mediante engaño); (b) la difusión no consentida de material íntimo (incluyendo el *reenvío* ulterior por terceros, para abarcar a quienes propagan el contenido); (c) la producción y difusión de montajes pornográficos realizados con inteligencia artificial o técnicas de edición (los llamados *porn deep fakes*); y (d) la sextorsión, entendida como la extorsión consistente en amenazar con difundir material sexual de la víctima para obtener de ella sexo, dinero u otros beneficios. Adicionalmente, otros proyectos han contemplado penalizar el llamado ciberflashing (*acto de enviar imágenes sexuales no solicitadas a alguien, por ejemplo “dick pics”* enviadas sin consentimiento), aunque este último no figuraba en las primeras versiones de la Ley Belén presentadas en 2022.

En su redacción de 2022-2023, el proyecto de Ley Belén sugería incorporar un nuevo artículo 155 bis al Código Penal con penas graduales: de 3 meses a 2 años de prisión para quien, sin autorización de la víctima, obtuviere o registrare imágenes o grabaciones de contenido sexual o íntimo (incluyendo casos de obtención mediante engaño); de 3 meses a 3 años para quien difundiere, publicare, enviase o compartiese dicho material sin consentimiento (habiendo sido obtenido con o sin anuencia de la víctima); y agravantes de aumento de pena (en un tercio) si el delito fuere cometido en contexto de violencia de género, con fines de lucro, por odio (misógino, homofóbico, racial, etc.) o contra una persona menor de edad. Asimismo, contemplaba un tipo penal específico para la difusión de material íntimo alterado (montajes o *deepfakes*), penado con hasta 2 años cuando alguien “elabore y difunda” imágenes o videos falsos de contenido sexual atribuyéndolos a una persona identificable. La extorsión digital (sextorsión), por su parte, se propone tipificar mediante la modificación del art. 169 CP, añadiendo que constituirá extorsión (pena de 5 a 10 años) el exigir acciones o tolerancia por parte de alguien bajo la amenaza de divulgar material íntimo o sexual suyo. Finalmente, el proyecto indicaba que estos nuevos delitos (difusión de material íntimo, etc.) serían de acción penal dependiente de instancia privada, es decir,

perseguidos solo mediante denuncia de la víctima (salvo en casos de menores), para respetar la privacidad y decisión de las afectadas sobre iniciar el proceso¹⁰.

Si bien al cierre de este artículo (2025) la Ley Belén aún no ha sido aprobada, su impulso continúa vigente. En 2023, legisladoras reintrodujeron el proyecto con algunas ampliaciones, incluyendo expresamente la figura del cyberflashing dentro de los delitos a crear. Estas iniciativas cuentan con el apoyo de numerosas organizaciones de la sociedad civil y han sido acompañadas por la propia Olimpia Coral Melo (la activista mexicana) en su visita a Argentina para promover la legislación. Se espera que, de prosperar, Argentina finalmente pueda contar con un corpus legal penal acorde a los tiempos, que permita perseguir y sancionar eficazmente las agresiones digitales de género que hoy padecen miles de mujeres. Tal como señaló Florencia Zerda (investigadora especialista en violencia digital), “*no podemos dejar que las víctimas sigan sufriendo las consecuencias*” mientras se debate la respuesta ideal; es imperativo proveer al sistema penal de herramientas inmediatas para penar estas conductas, sin perjuicio de continuar trabajando en políticas educativas a largo plazo¹¹. La ausencia de tipificación, añade Zerda, resultaba insostenible e incluso objeto de reproche internacional: la propia ONU exhortó a Argentina a actualizar su legislación con perspectiva de género para abarcar la violencia digital.

LA EXPERIENCIA PIONERA DE MÉXICO Y SU INFLUENCIA

México ha sido uno de los países pioneros en reconocer la violencia digital de género y establecer sanciones penales. El movimiento comenzó a nivel estatal tras el caso de Olimpia Coral Melo (víctima de la difusión de un video íntimo en 2013), logrando que Puebla fuera el primer estado en tipificar en 2014 la “violación a la intimidad sexual” como delito. En los años siguientes, la llamada Ley Olimpia se replicó en prácticamente 29 estados de México, creando figuras penales para la difusión no consentida de contenido sexual, con penas que oscilan generalmente entre 3 y 6 años de prisión según la jurisdicción.

10 DIPUTADOS Y SENADORES DE LA NACIÓN ARGENTINA. **Proyecto de ley “Ley Belén”** (expediente parlamentario con texto del artículo 155 bis), 2024. Disponible en línea.

11 ZERDA, María Florencia. *Violencia de género digital: causas, investigaciones, estadísticas y modalidades (sextorsión, difusión no consentida, acoso virtual, deepfake, etc.)*. 2.^a ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2024.



Los resultados en México comenzaron a ser tangibles. En 2023 y 2024 se registraron ya las primeras sentencias condenatorias por delitos de violencia digital. Un caso emblemático ocurrió en el estado de Hidalgo, donde un hombre fue condenado a 8 años de prisión tras ser hallado culpable de compartir imágenes sexuales de más de *540 mujeres y niñas* en internet¹⁴. Esta sentencia, considerada histórica, fue posible gracias a la valentía de decenas de víctimas que denunciaron y a la existencia de la Ley Olimpia estatal que penaliza dichas conductas hasta con 6 años. También se han reportado condenas en otros estados por delitos similares, consolidando jurisprudencia que muestra la viabilidad de la persecución penal de estos hechos cuando la normativa acompaña. La experiencia mexicana sirvió de modelo e impulso para otros países de la región: la propia Olimpia

14 **NACIÓN321.** *¡Histórico! Hidalgo logra la primera sentencia por violencia digital*. Nacion321.com, 7 mar. 2025. Disponible en: <https://www.nacion321.com/estados/2025/03/07/historico-hidalgo-logra-la-primer-sentencia-por-violencia-digital/>. Acceso: 16 jul. 2025.

Coral Melo se ha dedicado a asesorar y promover leyes análogas en Latinoamérica, como fue el caso de Argentina (donde su colaboración en la presentación de los proyectos Olimpia y Belén fue destacada), Panamá y otras regiones.

OTRAS JURISDICCIONES LATINOAMERICANAS: CHILE Y BRASIL

En Chile, tras una serie de casos resonantes de difusión de los llamados “*packs*” (compilaciones de fotos íntimas de mujeres circuladas en internet), se promulgó en 2020 la Ley 21.153, conocida popularmente como Ley “Antipornografía No Consentida” o *Ley Pack*¹⁵. Dicha norma tipificó el delito de difusión de imágenes o videos sexuales sin consentimiento, con penas que pueden alcanzar los 5 años de prisión en casos agravados. Chile así penaliza explícitamente la mal llamada *pornovenganza*, incluyendo supuestos donde el material fue obtenido con consentimiento (por ejemplo, enviado a una pareja) pero difundido luego sin autorización. Asimismo, la ley chilena permite perseguir la amenaza de difusión de dicho material como una forma de extorsión o chantaje. La rápida aprobación de esta ley respondió a una fuerte demanda social tras comprobarse que las víctimas (mayoritariamente mujeres jóvenes) carecían de herramientas legales para frenar la viralización de sus imágenes privadas. Con la ley vigente, ya se han iniciado procesos penales contra ex parejas y terceros que compartieron contenido íntimo, sentando un precedente de tolerancia cero a este tipo de violencia en línea.

En Brasil, si bien no existe una ley unificada bajo un nombre emblemático, se han realizado varias reformas importantes en el Código Penal en la última década para abordar aspectos de la violencia digital, complementando el marco ya existente de protección a las mujeres (Ley Maria da Penha para violencia doméstica). En 2018, Brasil aprobó la Ley 13.718, que entre otras cosas introdujo el artículo 218-C en el Código Penal, criminalizando la divulgación no consentida de escenas de sexo, desnudez o pornografía. Esta figura penal castiga con 1 a 5 años de reclusión a quien ofrezca, transmita, publique o difunda, por cualquier medio (incluido internet), contenido audiovisual de índole sexual de otra persona sin su consentimiento¹⁶. Es decir, desde 2018 compartir “nudes” sin permiso es delito en Brasil. Además, la ley prevé una agravante: si el autor del hecho tenía o tuvo una relación íntima de afecto con la víctima (típicamente, un ex novio o ex esposo que divulga las imágenes), la pena aumenta en hasta un 50%. Esta agravante apunta directamente a la

15 CHILE. **Ley N° 21.153**, modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual en espacios públicos (incluye captura y difusión de imágenes íntimas sin consentimiento). Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 16 abr. 2019. Disponible en: navegador legal del BCN. Acceso: 16 jul. 2025.

16 BRASIL. *Lei No 13.718, de 24 de setembro de 2018: altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e divulgação de cena de estupro ou nudez sem consentimento*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13718.htm. Acesso: 17 jul. 2025.

situación común de varones que, tras la ruptura, difunden fotos íntimas de sus ex parejas como “venganza”, reconocida ahora explícitamente como comportamiento punible (el texto menciona el término “*revenge porn*” para describir este supuesto). Junto a esta reforma, Brasil también tipificó en 2018 el delito de “importunação sexual” (acoso sexual no consentido, como tocamientos o actos libidinosos sin violencia) y volvió pública (de acción penal pública) la persecución de delitos sexuales que antes dependían de denuncia de la víctima, lo que indica un fortalecimiento general del abordaje penal de la violencia sexual.

Otro avance significativo en Brasil fue la Ley 14.132 de 2021¹⁷, que tipificó el delito de “persecución” (stalking), incluyendo explícitamente el acoso digital reiterado. El artículo 147-A del Código Penal brasileño ahora sanciona con 6 meses a 2 años de prisión a quien “perseguir a alguien, reiteradamente y por cualquier medio, amenazando su integridad física o psicológica, restringiendo su capacidad de desplazamiento o invadiendo su privacidad”. Esta definición abarca claramente el *ciberacoso persistente* (por ejemplo, el sujeto que envía cientos de mensajes hostiles, crea perfiles falsos para vigilar a la víctima, publica informaciones privadas, etc.). La pena se agrava si la víctima es mujer y el autor es su pareja o ex-pareja, al equipararse con violencia de género. Si bien el delito de amenazas ya existía en el Código Penal, la figura de persecución viene a cubrir esos casos de hostigamiento continuo que no siempre implican una amenaza concreta pero que, por su repetición, generan un grave miedo y alteración de la vida de la víctima. Esta novedad legislativa se considera un logro también del movimiento de mujeres en Brasil, que venía denunciando la insuficiencia de tratar el *stalking* digital solo como contravención menor.

Por último, cabe mencionar que Brasil incorporó desde 2013 una ley apodada “Lei Carolina Dieckmann” (Ley 12.737/2012)¹⁸ -llamada así por una actriz cuya intimidad digital fue vulnerada- que tipificó delitos informáticos como la invasión de dispositivos informáticos (*hacking*) para obtener datos privados. Si bien no está enfocada únicamente en violencia de género, esta ley ha sido utilizada en casos de acceso ilegítimo a cuentas o dispositivos para robar fotos íntimas, complementariamente a las figuras antes mencionadas.

En sumatoria, Brasil cuenta hoy con un abanico normativo que, si bien disperso, cubre varios frentes de la violencia digital: penaliza el *revenge porn*, penaliza el *stalking* incluso virtual, penaliza la difusión de imágenes íntimas y persigue a quienes facilitan o no impiden su difusión

17 **BRASIL.** Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021: acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, Diário Oficial da União, 1 abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14132.htm. Acesso: 17 jul. 2025.

18 **BRASIL.** Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012: institui os crimes informáticos, alterando o Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal) para tipificar, entre outros, a invasão de dispositivo informático (art. 154-A). Brasília, Diário Oficial da União, 30 nov. 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12737.htm.

(por ejemplo, administradores de grupos de WhatsApp que comparten “packs” han enfrentado imputaciones). Resta por avanzar en una conceptualización integral (quizá mediante una ley de violencia digital específica) y en la efectiva aplicación con perspectiva de género, pero el andamiaje legal existe.

EUROPA: EL CASO DE ESPAÑA Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

En España, la problemática de la violencia digital de género también ha sido reconocida, integrándose en reformas legales recientes. Ya en 2015, el Código Penal español había incorporado un artículo (197.7 CP) que criminaliza la difusión no consentida de imágenes o grabaciones de contenido íntimo obtenidas con anuencia de la víctima en un contexto privado. Esta figura - coloquialmente vinculada al fenómeno de *sexting* que trasciende- contempla penas de hasta 1 año de prisión o multas para quien, sin autorización y con perjuicio de la persona, difunda imágenes íntimas de ésta obtenidas lícitamente (por ejemplo, las fotos que una joven envió voluntariamente a su novio, y éste luego reenvía públicamente sin su permiso). No obstante, esta sanción relativamente baja fue criticada por su escaso efecto disuasorio.

En 2022, España aprobó la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida mediáticamente por el lema “Sólo sí es sí”), que introdujo modificaciones relevantes ampliando la protección frente a violencias sexuales, incluidas las cometidas en el entorno digital. Entre otras cosas, esta ley reforzó las penas por difusión de imágenes íntimas sin consentimiento cuando la intención es menoscabar la dignidad de la víctima, considerándolo como una forma de violencia sexual digital. Asimismo, la LO 10/2022 tipificó el acoso ocasional o ambiental (incluyendo el ciberacoso de índole sexual) y reformuló el delito de stalking (acoso reiterado) ya incorporado en 2015, previendo agravantes si la víctima es especialmente vulnerable. También actualizó medidas de protección y protocolo para víctimas de violencia sexual en línea. De este modo, España alineó su legislación con las exigencias del Convenio de Estambul (Convención del Consejo de Europa sobre violencia contra la mujer), cuyo Comité ya había señalado la necesidad de considerar la dimensión digital en las estrategias contra la violencia de género.

A nivel de la Unión Europea, en 2021-2022 la Comisión Europea impulsó la elaboración de una Directiva sobre violencia contra las mujeres y violencia doméstica, que por primera vez aborda explícitamente la violencia de género en línea de forma armonizada. El proyecto de Directiva propone criminalizar en todos los Estados miembros conductas como el ciberacoso, la violación de la intimidad sexual (definida como compartir imágenes sexuales sin permiso) y la incitación al odio misógino en internet. Si se aprueba, esta directiva obligará a tipificar tales conductas y establecer estándares mínimos de sanción y asistencia a víctimas en toda la UE,

avanzando hacia un reconocimiento homogéneo del problema en el plano regional europeo.

En el ámbito interamericano, además de la ya mencionada guía de la OEA, es importante subrayar que la Convención de Belém do Pará (1994) –piedra angular en la región en materia de violencia contra la mujer– si bien no previó expresamente la violencia digital (por ser previa a la era de las redes), sí establece la obligación de los Estados de perseguir todas las formas de violencia contra las mujeres, en cualquier ámbito, lo que ha servido de base para que mecanismos como el MESECVI (Mecanismo de Seguimiento de Belém do Pará) recomienden a los países que actualicen sus leyes incluyendo la modalidad digital. De hecho, la MESECVI ha emitido declaraciones y resoluciones instando a tipificar la violencia simbólica y mediática. La propia CEDAW de Naciones Unidas, en su Recomendación General N°35 (2017) sobre violencia por razón de género, reconoce que la tecnología de la información crea nuevas formas de violencia y llama a los Estados a adaptar sus respuestas.

Así, el consenso internacional emergente señala que la violencia de género digital es real y dañina, y que debe ser abordada desde un enfoque de derechos humanos y perspectiva de género. Argentina, con la Ley Olimpia y los proyectos en curso, se inscribe en esta tendencia global de ampliación de la protección legal. Resta analizar, a continuación, cómo el Derecho penal en concreto enfrenta el desafío de estas nuevas figuras delictivas y qué dilemas aparecen en su aplicación.

DESAFÍOS PARA EL DERECHO PENAL FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS DE VIOLENCIA DIGITAL

La aparición de modalidades de violencia de género en entornos digitales plantea múltiples desafíos al Derecho penal. En primer lugar, se enfrenta a la necesidad de adecuar el catálogo de delitos para abarcar conductas que antes no existían o no eran masivas. En segundo lugar, surgen retos probatorios y procesales ligados a la naturaleza transnacional y tecnológicamente compleja de los hechos (por ejemplo, preservación de evidencia digital, identificación de autores en redes anónimas, cooperación con plataformas globales). Y en tercer lugar, se debe conciliar la protección de las víctimas con otros bienes jurídicos potencialmente en juego, como la libertad de expresión (especialmente en casos de discurso online) o el derecho a la privacidad de los propios acusados. Analizaremos algunos de los delitos o conductas más emblemáticas -sextorsión, difusión no consentida de imágenes íntimas, ciberacoso, *deepfakes* sexuales- evaluando cómo las aborda el ordenamiento penal y qué problemas se vislumbran.

SEXTORSIÓN

El término sextorsión alude a una forma específica de extorsión sexual: el agresor amenaza a la víctima con publicar o compartir material íntimo suyo (fotos o videos de desnudez, conversaciones privadas de índole sexual, etc.) si no accede a determinadas exigencias, que pueden ser de índole sexual (p.ej., enviar más material, encontrarse para tener relaciones) o patrimonial (dinero, favores). Es una conducta que combina elementos de la extorsión clásica (coacción mediante amenaza para obtener algo) con un componente sexual y tecnológico (la amenaza versa sobre contenidos digitales de la esfera sexual de la víctima).

En muchos ordenamientos, antes de reformas recientes, la sextorsión debía encuadrarse genéricamente en el delito de extorsión o coacción. Por ejemplo, en Argentina, el delito de *coacción* (art. 169 CP) castiga al que, mediante amenazas, obligare a otro a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad, con pena de 2 a 6 años. Esta figura podría comprender a quien amenaza con “subir tus fotos íntimas si no haces X”. Sin embargo, un problema es que cuando las víctimas son adolescentes, a veces la sextorsión se confunde con *grooming*, si bien técnicamente este último implica generalmente un adulto que busca ganarse la confianza del menor para obtener material sexual. La sextorsión puede ocurrir entre adultos o entre jóvenes pares (ej. compañeros de escuela difundiendo fotos de compañeras), lo que complica su persecución cuando las leyes están pensadas solo para mayores vs. menores.

Algunos países han avanzado en la tipificación específica. México, en varios códigos estatales y en su Código Penal Federal modificado, incluyó la sextorsión como delito, a veces bajo la denominación de “chantaje sexual digital”, con penas similares a la extorsión agravada (hasta 8 o 10 años). Argentina, como vimos, la contempla en la propuesta de Ley Belén modificando el tipo de extorsión para incluir expresamente la amenaza de difundir material íntimo. España no tiene la palabra “sextorsión” en su CP, pero casos así se enjuician como extorsión o amenazas graves, y si median actos sexuales exigidos, podría concursar con delitos contra la libertad sexual. Brasil podría aplicar su artículo de extorsión normal (que prevé 4 a 10 años) o incluso el delito de violación si se obliga a un acto sexual mediante la amenaza (pues para la configuración de una violación se equipara la intimidación con la violencia física).

El desafío con la sextorsión, más allá de la tipificación, es que muchas veces las víctimas sienten vergüenza o miedo de denunciar (por la naturaleza íntima del material). Es imperativo que el sistema penal brinde confidencialidad, celeridad y empatía. En este sentido, las reformas legales debieran acompañarse de protocolos policiales y judiciales que eviten la revictimización: por ejemplo, permitir a la víctima entregar el material extorsivo bajo reserva (para que no circule entre operadores), brindar protección inmediata (p.ej., orden de restricción al agresor en línea y fuera de línea), y articular con las plataformas la remoción preventiva de cualquier publicación que el

agresor hubiera realizado o pudiera realizar.

Otro punto a considerar es la dimensión internacional: no son raros los casos de sextorsión cometida por redes delictivas transnacionales (por ejemplo, estafadores desde otro país que enganchan a usuarios por redes, obtienen fotos íntimas y luego piden dinero bajo amenaza). En estos supuestos, la persecución penal requiere cooperación entre países y la tipificación uniforme ayuda. Iniciativas como la de la Interpol (Operación Reveal) han identificado bandas dedicadas a sextorsión global, muchas centradas en explotar varones jóvenes engañados en chats (lo cual recuerda que también hay víctimas hombres en contextos de sextorsión, si bien en la dinámica de género suelen ser las mujeres quienes sufren mayor exposición pública).

Podemos concluir que desde el punto de vista penal la sextorsión debe ser tratada con la severidad de lo que es: un delito grave, equiparable a otras formas de extorsión o violencia sexual, porque conjuga ambas esferas. Las reformas en curso van en esa línea, elevando sanciones y nombrando el fenómeno. El reto será que los jueces apliquen esas normas con perspectiva de género, entendiendo el profundo sometimiento que implica para la víctima tener a un agresor controlando su intimidad como arma de chantaje.

DIFUSIÓN NO CONSENTIDA DE MATERIAL ÍNTIMO.

La difusión no autorizada de imágenes o videos íntimos de una persona -conocida popularmente como *revenge porn* o pornovenganza- es quizás la forma de violencia digital de género que mayor atención ha recibido, por su frecuencia y su devastador impacto. Jurídicamente, encuadrar esta conducta ha sido un rompecabezas: ¿es un delito contra la privacidad? ¿una forma de violencia sexual? ¿un daño a la honra? ¿una combinación de todo ello? Tradicionalmente, algunos países tenían figuras de violación de secretos o publicación de correspondencia privada que parcialmente cubrían supuestos (por ejemplo, Argentina en el art. 155 CP penaliza publicar comunicaciones o imágenes privadas ajenas sin autorización, pero con pena baja y acción privada). Sin embargo, estas normas no fueron pensadas para la era digital ni con la óptica de género, lo que llevó a su aplicación errática.

Hoy se tiende a reconocer a la pornografía no consensuada como un delito autónomo. Como vimos, México, Chile, Brasil, España (en 2015) y otros ya lo tipificaron. En Argentina se busca hacerlo con la Ley Belén. Más allá de la existencia o no de un artículo específico, hay elementos clave que las legislaciones modernas incorporan: no exigir ánimo de lucro ni otros fines (es decir, penar la mera acción de difundir, aunque sea “por diversión” o venganza); abarcar tanto casos en que el material fue obtenido con consentimiento (sexting que luego se viraliza) como sin consentimiento (grabaciones clandestinas, hackeos); incluir la figura del “reenvío” o reposteo, para

alcanzar a quienes multiplican el daño (no solo el primero que sube el video, sino también quien lo reenvía a sabiendas del perjuicio, como propone la Ley Belén); y prever agravantes apropiadas (ejemplo, si el autor es pareja/expareja, si la víctima es menor, si se hizo con intención de lucro, etc. en México, algunos estados contemplan más años si el autor es el cónyuge o si el acto buscó lucrar con pornografía).

Una cuestión debatida es si estos delitos deben ser de acción pública o privada. Muchas leyes optan por la acción privada (que el proceso penal solo se inicie si la víctima lo denuncia, para proteger su intimidad). Esto empodera a la víctima a decidir si quiere exponer más el tema en tribunales. No obstante, en contrapartida, puede dejar sin castigo casos donde la víctima por vergüenza no denuncia pero el daño social es evidente (por ejemplo, menores de edad cuyas imágenes circulan –aunque en menores usualmente interviene el Estado de oficio al ser equiparable a pornografía infantil). También se corre el riesgo de que, al ser acción privada, si la víctima inicialmente no denuncia dentro de ciertos plazos, después ya no pueda hacerse nada. Algunos expertos sugieren un modelo mixto: que sea acción pública pero con posibilidad de que la víctima requiera reserva de identidad, o que se pueda desistir en cualquier momento para frenar la revictimización, etc. En la práctica, la mayoría de casos llegan por denuncia de la víctima, así que lo fundamental es eliminar trabas para que esa denuncia ocurra: crear canales de denuncia confidenciales, unidades policiales con personal femenino capacitado, e incluso permitir denuncias en línea.

Otro desafío penal es la rápida intervención: una vez cometida la difusión (p.ej., se posteo un video íntimo en un sitio web), se requiere una reacción casi inmediata para bajarlo de circulación. Aquí las medidas cautelares (órdenes a plataformas) son esenciales. Algunos ordenamientos permiten al fiscal o juez ordenar el bloqueo o remoción de contenido ilícito incluso antes de formalizar acusación. Argentina incluyó en la Ley Olimpia esa potestad del juez civil, pero sería deseable extenderla también al proceso penal, de modo que apenas se formule la denuncia penal, se dicten providencias a Facebook, Twitter, sitios pornográficos, etc. para retirar el material. La cooperación de las empresas tecnológicas es, en general, un tema pendiente: si bien la mayoría de redes prohíben en sus términos la “*non consensual intimate images*” y tienen vías para reportarlas, muchas veces las remociones son lentas o insuficientes, y no siempre conservan evidencia útil. Por ello, leyes como la argentina ordenan que, al remover, las empresas guarden los datos (IP, usuario) para la investigación.

Desde la óptica probatoria, un problema es probar la falta de consentimiento. El agresor podría alegar que la víctima consintió en la publicación (por exhibicionismo, etc.). Dado que por definición estos casos involucran contenido de índole privada, lo lógico es presumir la falta de

consentimiento salvo prueba en contrario. Las leyes suelen expresar "sin autorización de la víctima" como elemento. Será importante que la jurisprudencia no exija a la víctima exhibir su intimidad para probar que no consintió; bastaría su testimonio y circunstancias (normalmente nadie consiente que un video sexual personal se suba a redes masivamente sin control). En cualquier caso, difundir *a sabiendas de que no hay consentimiento* ya configura la intención dolosa.

Finalmente, cabe destacar que la penalización de la difusión no consentida cumple también un rol simbólico y preventivo: envía el mensaje de que compartir material íntimo ajeno no es una “broma” ni “venganza entendible”, sino una forma de violencia que será castigada. Esto puede disuadir a potenciales agresores ocasionales (por ejemplo, jóvenes que por despecho piensan en subir fotos de su ex) al saber que incurrirían en antecedentes penales. Por supuesto, su eficacia dependerá de la difusión social de la existencia de la norma y de la certeza de la sanción.

CIBERACOSO, CIBERSTALKING Y DISCURSOS DE ODIO DE GÉNERO

El ciberacoso es un término amplio que abarca distintas conductas de hostigamiento o agresión reiterada en medios digitales. Puede manifestarse en forma de insultos y humillaciones públicas a través de posteos o comentarios (lo que tendría relación con delitos de injurias o calumnias), en amenazas directas de violencia física o sexual enviadas por mensajes (lo que encuadra en delitos de amenazas), en suplantación de identidad para dañar la reputación de la víctima, o en la modalidad más persistente del stalking digital (vigilancia y persecución continua en redes, envío constante de mensajes no deseados, etc.). Cuando este acoso se dirige contra mujeres por su condición de género, suele impregnarse de contenido misógino, sexualizante o denigratorio (por ejemplo, hordas de usuarios atacando a una periodista con insultos sexistas y amenazas de violación). También incluye prácticas como el doxing (publicar datos personales de la víctima para que otros la acosen) y el troleo coordinado.

Desde el punto de vista penal, muchos de estos actos por separado podrían considerarse contravenciones leves (en países con figuras de acoso molestia) o delitos menores. El desafío ha sido captar el carácter acumulativo y prolongado del ciberacoso. Países como Brasil con el delito de persecución (stalking) o España con el acoso reiterado han dado un paso importante: no hace falta que el acosador amenace de muerte explícitamente; basta con que, de forma insistente e invasiva, perturbe la tranquilidad de la persona por medios digitales para configurar delito. Estas figuras requieren la reiteración (no un insulto aislado, sino un patrón de conducta).

En Argentina, antes de la eventual incorporación de un delito de stalking, se recurre a diversas figuras: si hay amenazas concretas, se usa el art. 149 bis CP (amenazas); si hay instigación al suicidio o lesiones (en casos de cyberbullying extremo), podría aplicarse el art. 83 CP; si el acoso

viene de una ex pareja, puede enmarcarse como violencia de género en sede civil con restricciones de acercamiento (de hecho la Ley 27.736 habilita a prohibir contacto por vía digital del agresor). Pero se advierte un vacío para el acoso no amenazante pero altamente lesivo (ejemplo, centenares de mensajes denigrantes diarios). El proyecto de Ley Belén inicialmente no tipificaba el ciberacoso como tal, centrándose en las otras figuras, aunque la violencia digital en su definición sí incluye “situaciones de acoso o control virtual”. Quizás a futuro deba sumarse un tipo específico.

En cuanto a los discursos de odio misóginos en línea, entramos en terreno sensible por la colisión con la libertad de expresión. Muchos ordenamientos democráticos son reticentes a penalizar expresiones ofensivas salvo que encuadren en incitación a la violencia o amenazas reales. Sin embargo, la frontera se cruza cuando esas expresiones constituyen violencia psicológica y fomentan la discriminación sistemática. Por ejemplo, grupos organizados que promueven violencia contra mujeres (comunidades *incel*, foros donde se publican fotos de mujeres para denigrarlas y fantasear con agredirlas) podrían ser vistos como autores de *hate speech*. Algunos países europeos penalizan la incitación al odio por sexo/género. En América Latina esto aún no es común; Brasil, por ejemplo, en 2018 aprobó la llamada “Lei Lola” (Ley 13.642/2018)¹⁹ que facultó a la Policía Federal a investigar crímenes cibernéticos de misoginia, reconociendo el fenómeno como peligroso. Esta ley no creó un delito nuevo, pero implicó que amenazas, difamaciones o cualquier delito existente cometido con *motivación misógina online* se consideren de interés federal. También Brasil introdujo en 2021 un delito de violencia política de género en su Código Electoral (Ley 14.192/2021) para punir actos en redes que ataquen a candidatas por razón de género. Esto demuestra un abordaje sectorial.

En Argentina, la ley integral 26.485 tras la reforma Olimpia incluye los discursos de odio de género en línea dentro de la violencia digital reconocida, lo cual podrá impulsar en el futuro un debate sobre cómo sancionarlos. Probablemente la respuesta vaya más por la vía civil/administrativa (por ej., obligar a plataformas a remover contenido de odio, como prevé la ley para contenidos que constituyan violencia digital) que por penalizar cada tweet machista ofensivo, pues ello sería inviable y conflictivo con libertades. No obstante, cuando dichos discursos claramente inciten a la violencia o amenacen (p.ej., campañas tipo “habría que violar/matar a tal mujer”), entran en las categorías penales ya existentes de incitación a la violencia o apología del delito.

19 **BRASIL.** *Lei nº 13.642, de 3 de abril de 2018: atribui à Polícia Federal competência para investigar crimes cibernéticos baseados na misoginia e discriminação contra mulheres na internet.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 abr. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13642.htm. Acesso: 18 jul. 2025.

Un caso ilustrativo es el de los ataques digitales a figuras públicas femeninas. En España hubo condenas por delitos de odio a individuos que desearon públicamente en redes la violación o asesinato de políticas feministas. En Argentina, episodios como el acoso masivo a una joven actriz tras denunciar a un actor por abuso (caso Thelma Fardin) mostraron que los agresores en redes raramente enfrentan consecuencias. Aquí juega también la capacidad de identificar a usuarios anónimos, lo cual requiere colaboración de las empresas (muchos se escudan tras perfiles falsos). Por ello, algunos proponen que para ciertos delitos, la mera negativa de la plataforma a dar datos o remover contenidos podría acarrear sanciones (por ahora, es más una discusión regulatoria de *internet law* que penal, pero impacta en la eficacia de lo penal).

En síntesis, en materia de ciberacoso y discursos de odio, el Derecho penal se va adaptando con figuras de stalking y agravantes por odio de género, pero sigue siendo un campo donde la selectividad es clave: no todo agravio en redes debe judicializarse penalmente (sería impracticable y probablemente inconstitucional censurar la mera ofensa), pero sí aquellos casos en que el acoso sobrepasa un umbral de afectación de derechos (por su intensidad, sistematicidad o por conllevar amenazas creíbles). Los Estados deben dar señales claras de que la impunidad de la violencia psicológica en línea no es tolerable, especialmente cuando se convierte en un mecanismo de disciplinamiento social hacia las mujeres que alzan la voz.

DEEPFAKES SEXUALES Y OTRAS MANIPULACIONES DIGITALES

Una frontera más reciente de la violencia digital de género son los llamados deepfakes sexuales: imágenes o videos falsos, generados con herramientas de inteligencia artificial o edición digital, que simulan a una persona (generalmente mujer) participando en actos sexuales o pornográficos en los que nunca estuvo. Básicamente, es pegar el rostro de la víctima en el cuerpo de otra persona en una escena sexual, con un realismo creciente gracias a la IA. Esta práctica configura una grave vulneración a la identidad y dignidad de la víctima, pues terceros pueden creer que se trata de contenido real, con el consecuente daño reputacional y emocional. Además, suelen usarse como método de acoso o venganza (ej. difundir un video pornográfico *fake* de una ex pareja para humillarla).

Legislativamente, los deepfakes caen en una zona gris: no es una imagen *real* de la víctima desnuda, pero es suplantación de identidad y difusión de contenido sexual atribuido falsamente. ¿Cómo encuadrarlo? Podría considerarse dentro de delitos de falsificación, injuria o difusión ilícita de datos personales. Sin embargo, dada su especificidad, varios países están moviéndose a prohibirlo expresamente. Reino Unido, por ejemplo, anunció en 2023 que penalizará la creación y difusión de deepfake porn sin consentimiento en su nueva ley de abusos sexuales digitales. Estados

Unidos a nivel de ciertos estados también promulgó leyes contra los deepfakes pornográficos.

En nuestra región, México incluyó los *montajes con contenido sexual* en la definición de violencia digital (leyes estatales) y se han imputado casos bajo esa figura (si se difunde el deepfake, se asimila a difundir imagen íntima sin consentimiento). Argentina, con la Ley Belén proyectada, incorpora explícitamente la difusión no consentida de “pornografía deep fake” como delito autónomo, penando tanto la producción como la distribución de dichos montajes. Esto es sumamente relevante, pues técnicamente un deepfake no muestra el cuerpo real de la víctima, y un intérprete rígido de la ley antigua podría decir “no hay desnudez *real* de la persona, por tanto no hay delito contra su intimidad”; la nueva legislación cierra esa excusa, entendiendo que el daño es equiparable (la persona es reconocible y queda sexualizada en contra de su voluntad).

Otro caso de manipulación digital es la alteración de imágenes reales (por ejemplo, editar una foto real para que parezca comprometedor, difundir capturas de pantalla falsas de chats íntimos, etc.). Estos actos pueden considerarse dentro de la misma categoría de falsificación con intención de dañar. Por ello, la propuesta argentina agrega una pena para quien “elabore y difunda” documentos de contenido sexual que no correspondan a la persona identificada en ellos, cubriendo tanto deepfakes avanzados como ediciones más rudimentarias.

La persecución penal de deepfakes enfrenta un obstáculo técnico: a veces es difícil rastrear al autor (cualquiera con suficiente habilidad y fotos de la víctima puede crearlos). Aquí nuevamente la colaboración de plataformas es vital: por ejemplo, sitios web especializados en difundir pornografía falsa (lamentablemente los hay) deberían ser responsabilizados o al menos obligados a remover. Algunas jurisdicciones barajan también la responsabilidad penal para quien *solicita* o encarga un deepfake, aunque no lo haya creado personalmente.

Desde el ángulo jurídico, podría argumentarse que los deepfakes atentan contra el honor y la imagen de la persona, y en algunos países eso es materia civil (daño moral). Sin embargo, dada la alevosía y el efecto multiplicador de estas falsificaciones, la tendencia es tratarlas como materia penal, al menos cuando se difunden ampliamente.

Además de los deepfakes, podemos incluir aquí otras formas emergentes: por ejemplo, la grabación no consentida de actos sexuales (cuando alguien filma relaciones sexuales sin que la pareja lo sepa, y luego guarda o difunde ese material). Esto debería ser considerado violencia sexual. En Brasil, por ejemplo, el art. 216-B CP penaliza “producir registro audiovisual de contenido sexual sin consentimiento”. En Argentina, el proyecto de Ley Belén penaliza videogravar o fotografiar contenidos de desnudez sin autorización. Es crucial penalizar la captación ilícita, porque de lo contrario solo se castiga la difusión posterior; pero incluso si no se difunde, el hecho de ser grabada sin consentimiento en la intimidad ya lesiona la privacidad (imaginemos cámaras

ocultas en vestuarios, etc., lo cual también podría encuadrar en delitos de *voyeurismo* que algunos países tipifican).

Otra modalidad es el “Upskirting” (tomar fotos bajo la falda de una mujer sin que lo sepa) o el “downblousing” (fotografiar escotes) – en general, obtención de imágenes de partes íntimas sin consentimiento en lugares públicos. Varios países europeos lo penalizaron recientemente como delito contra la intimidad sexual. Estas conductas, aunque ocurren en lo físico, suelen tener una dimensión digital porque las fotos acaban en foros online. Por eso se integran en el fenómeno de violencia digital (como puente entre lo físico y lo virtual). Es recomendable que la legislación las incluya explícitamente. La OEA destaca estos actos dentro de las formas de violencia digital.

Resumidamente, la innovación tecnológica seguirá presentando retos al Derecho penal. La clave es redactar tipos penales lo suficientemente tecnológicamente neutrales pero a la vez claros. Por ejemplo, hablar de “imágenes o grabaciones de contenido sexual, reales o alteradas, difundidas sin consentimiento” cubre tanto fotos auténticas como deepfakes. Hablar de “amenaza de difusión de material íntimo” cubre sextorsión sin importar el medio. Las leyes deben evitar quedarse obsoletas ante el próximo avance (sea *realidad virtual*, *metaverso*, etc., donde podrían darse agresiones sexuales simuladas, etc.). La Ley Olimpia argentina menciona “cualquier otra [forma de violencia] que pueda surgir a futuro por este medio”, una cláusula abierta interesante pero que obviamente no puede ser base de delito penal por el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege certa*). No obstante, marca la pauta de que el legislador debe estar dispuesto a actualizar el Código Penal continuamente frente a las novedades digitales para no dejar brechas de impunidad.

ENFOQUE DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Habiendo examinado el panorama legal-penal, corresponde adoptar una mirada crítica desde la criminología crítica feminista sobre cómo se está abordando la violencia de género digital. La criminología crítica históricamente cuestiona las respuestas punitivas tradicionales, alertando sobre el riesgo de confiar ciegamente en el sistema penal (a menudo selectivo y reproductor de desigualdades) como solución a problemas de raigambre social profunda. Por su parte, la perspectiva de género exige analizar cómo las estructuras patriarcales influyen tanto en la generación de la violencia como en la respuesta institucional a la misma.

Un primer punto de reflexión es el riesgo de la “ilusión punitiva”: creer que con solo aprobar nuevas leyes penales y aumentar penas se erradicará la violencia digital de género. Autoras feministas críticas, como Lucía Núñez en el contexto mexicano, han advertido que el Derecho penal puede convertirse en una suerte de “espejismo” que da sensación de acción pero no ataca las raíces estructurales de la violencia de género. Si bien la tipificación de conductas es necesaria para cerrar

la impunidad (ninguna víctima debe quedar sin tutela legal), no podemos perder de vista que la violencia digital se nutre de normas culturales machistas, de la cosificación sexual de las mujeres, de la falta de educación digital en respeto e igualdad, y de la tolerancia social hacia ciertas agresiones (“era un chiste”, “si le mandó fotos es su culpa”, etc.). Por tanto, criminalizar sin acompañar de un cambio cultural puede tener efectos limitados. Peor aún, podría derivar en un fenómeno de “*law in the books*” (leyes en papel) que no se materializan en “*law in action*” por falta de denuncia o de aplicación rigurosa.

De hecho, un problema recurrente es la sub-denuncia: muchas víctimas de violencia digital no acuden a la justicia, sea por vergüenza, por desconfianza (temor a que la policía/jueces no entiendan el tema o minimicen su daño), o por desconocimiento de que pueden denunciar. La criminología crítica pondría el foco en cómo las instituciones responden hoy: ¿La policía está capacitada para tomar estas denuncias seriamente? ¿Ocurre que una mujer acude a denunciar ciberacoso y le responden “bloquealo y listo, no podemos hacer nada”? Lamentablemente, testimonios indican que todavía hay falta de sensibilidad en muchos operadores. Así, por más leyes que existan, si no hay cambios en la práctica policial-judicial, la justicia no llegará a quienes la necesitan. Es crucial entonces impulsar capacitaciones en género y ciberdelitos para fiscales, jueces y fuerzas de seguridad, a fin de que comprendan la gravedad de estos hechos. En Argentina, la Ley Micaela de capacitación obligatoria en género podría incluir módulos sobre violencia digital. La Ley Olimpia 27.736 prevé especialización en patrocinio jurídico e instó a programas de educación digital, lo cual es positivo, pero se requerirá voluntad política para implementarlo efectivamente.

Otro aspecto: la criminología crítica invita a examinar a quién se aplicará la ley penal. ¿Se enfocará solo en *chivos expiatorios* de bajo perfil (por ejemplo, jóvenes de sectores marginados que cometen ciberacoso evidente) mientras que agresores con poder (hackers sofisticados o miembros de grupos misóginos influyentes) quedan fuera del radar? ¿Se usará la ley para proteger solo a ciertas víctimas “simpatéticas” (quizá mujeres de clase media que encajan en estereotipo de víctima ideal), ignorando a otras (mujeres indígenas, trans, trabajadoras sexuales, que también sufren violencia digital pero a veces encuentran doble discriminación al denunciar)? La interseccionalidad nos recuerda que la respuesta institucional puede variar según quién es la víctima. Es necesario un enfoque inclusivo que atienda a todas las mujeres, asegurando accesibilidad (por ejemplo, traducir procedimientos a lenguas originarias si fuese necesario en comunidades indígenas, etc.).

Un debate interesante es el relativo al papel de las propias corporaciones tecnológicas. Criminología crítica ampliada (control social) preguntaría: ¿por qué recargar todo en el sistema penal estatal y no exigir más responsabilidad a las plataformas que lucran con los contenidos? Por ejemplo, Twitter, Facebook, etc., han sido lentos en reaccionar a las violencias de género en sus

espacios. Una reforma integral quizás debería incluir regulaciones que obliguen a mejorar sus filtros de detección de contenido íntimo no consentido (ya hay iniciativas de crear hash globales de imágenes íntimas para bloquear su recarga) y respuestas más prontas a reportes. Si las plataformas ignoraran sistemáticamente órdenes de remoción, ¿podría imponérseles sanciones? Esto trasciende lo penal, pero incide en la efectividad de la protección penal.

La perspectiva feminista crítica también señala la importancia de no culpar ni responsabilizar a la víctima. Parece obvio, pero en la práctica no lo es: aún hay funcionarios que sugieren “no te saques fotos si no quieres que se filtren” o “no entres a redes si te acosan”. Eso equivale a restringir la libertad de las mujeres en lugar de sancionar a quienes abusan. La meta debe ser que las mujeres puedan ejercer plenamente su ciudadanía digital (usar internet, redes, expresarse) sin temor. Como dice un lema, *“la solución no es que las mujeres se salgan de internet, sino que los agresores se salgan de internet (o sean sacados)”*. En tal sentido, mecanismos como bloquear permanentemente a hostigadores reincidentes de ciertas plataformas podría considerarse (hoy es fácil crear otra cuenta; quizá en el futuro haya identificadores más fuertes).

Otro punto crítico: el efecto boomerang del punitivismo mal entendido, a veces llamado “carcelario”. Algunas teóricas advierten que llenar las cárceles de ofensores (que muchas veces son hombres socializados en la misoginia) no cambiará esa cultura, e incluso en prisión no recibirán rehabilitación alguna en cuanto a su visión de las mujeres. Por eso, se aboga por complementar con programas reeducativos para agresores en delitos de este tipo, similares a los que existen para violencia doméstica (talleres de nuevas masculinidades, etc.). En delitos graves como extorsión sexual puede sonar utópico hablar de reeducación, pero en casos de jóvenes que reenvían imágenes sin pensar o participan en acoso grupal, quizás sanciones alternativas de asistencia a cursos sobre género, trabajo comunitario, etc., podrían contemplarse, buscando transformar actitudes. La criminología restaurativa incluso sugiere, cuando la víctima lo desee, mediaciones o círculos restaurativos: por ejemplo, que el agresor escuche directamente el daño que causó, como forma de tomar conciencia. Esto debe manejarse con cuidado (no re-victimizar), pero en ciertos contextos puede ayudar más que una simple multa.

Un acierto de la Ley Olimpia argentina y similares es incorporar la perspectiva de género de forma transversal. Por ejemplo, la estadística y monitoreo: la ley ordena recopilar datos de denuncias de violencia digital. La criminología crítica demanda datos para comprender el fenómeno (¿qué edades, qué circunstancias, qué respuestas judiciales se están dando?). Actualmente, la mayoría de fiscalías no llevan bien esa cuenta (los casos se dispersan en tipos penales tradicionales). Con nuevas figuras, se podrá medir mejor. Igualmente, se promueve la alfabetización digital con perspectiva de género desde la educación formal, lo cual es una estrategia de prevención primaria

imprescindible: educar a chicos y chicas en el uso respetuoso de la tecnología, en sexualidad digital responsable, en la empatía hacia quien está del otro lado de la pantalla. Así se busca *desnormalizar* conductas hoy vistas como “chiste” (ej: pasar fotos íntimas de mujeres en grupos de amigos) y subrayar que son violencias.

Desde el punto de vista de la victimología, la criminología crítica también enfatiza la necesidad de acompañamiento a las víctimas. La experiencia de muchas mujeres tras sufrir violencia online es la soledad y la incompreensión. Por ello, instituciones como las unidades de violencia de género deberían ampliarse para incluir asesoramiento tecnológico: por ejemplo, ayudar a las víctimas a recolectar evidencias (hacer capturas de pantalla válidas, etc.), a configurar mejor su seguridad digital (un agresor podría tener sus contraseñas, etc.), y brindar apoyo psicológico especializado en trauma digital (similar al trauma sexual). Algunos países han empezado a crear centros de “*ciberayuda*”. En Argentina, en CABA existe el BAcibersegura y el Ministerio de las Mujeres tiene guías, pero se requiere mucho más despliegue federal.

Por último, la criminología crítica devela que el sistema penal en sí puede ser espacio de violencia institucional si no se actúa con cuidado: imaginar una víctima que denuncia pornografía no consentida y termina teniendo que ver sus fotos circulando en el expediente manoseado por peritos, policías, etc., o su caso filtrado a la prensa sensacionalista. Evitar ese daño colateral es prioritario. Mecanismos como cámaras Gesell virtuales (declarar sin confrontar físicamente con el agresor), protección de identidad en casos mediáticos, etc., deben implementarse.

Desde una mirada crítica, celebramos los avances legales porque rompen la inacción, pero advertimos que sin un cambio estructural en las instituciones y la cultura, esos avances podrían quedarse cortos. La perspectiva de género no puede limitarse a la letra de la ley; debe impregnar todo el proceso penal y la prevención. El fin último es empoderar a las mujeres en el ámbito digital, garantizando que tengan igual derecho a habitarlo libres de violencia que los hombres. Como afirma la activista Olimpia Coral Melo, “*Internet también es un lugar donde podemos sufrir vulneraciones y tenemos derechos que deben ser respetados, como la privacidad*”. Esa premisa básica debe guiar tanto al Derecho penal como a la sociedad en su conjunto.

CONCLUSIÓN

La irrupción de la violencia de género digital representa uno de los retos más urgentes y complejos para el derecho y la criminología contemporáneos. A lo largo de este artículo hemos examinado cómo las dinámicas de poder patriarcal se manifiestan en los entornos virtuales, causando daños reales a mujeres y diversidades, y cómo el ordenamiento jurídico –especialmente el penal– está respondiendo a estas nuevas formas de agresión. El análisis de la Ley Olimpia argentina

(Ley 27.736/2023) mostró un paso significativo: el reconocimiento formal de la violencia digital como modalidad específica en la ley integral de violencia contra las mujeres, sentando bases para políticas públicas de prevención y asistencia. Asimismo, la discusión en torno a la Ley Belén y demás proyectos de reforma penal evidenció la necesidad imperiosa de llenar los vacíos legales en materia de tipificación delictiva, dotando al sistema de justicia de herramientas para sancionar conductas como la sextorsión, la difusión no consentida de imágenes íntimas, el ciberacoso y los *deepfakes* sexuales.

Las experiencias comparadas en México, Chile, España, Brasil y otros países brindaron valiosas lecciones: la tipificación y sanción de estos fenómenos es posible y efectiva cuando existe voluntad, pero debe ir acompañada de medidas integrales. Vimos casos pioneros, como la primera condena en México gracias a la Ley Olimpia con 8 años de prisión al responsable de violentar sexualmente en línea a cientos de mujeres, lo que marca un precedente de justicia. También constatamos cómo el marco internacional (Convención de Belém do Pará, recomendaciones de la OEA, proyectos de la UE) converge en reconocer la violencia digital de género como una violación de derechos humanos que los Estados están obligados a combatir.

Desde la perspectiva de la criminología crítica con enfoque de género, se resaltó que el Derecho penal, si bien necesario, no es una panacea. Es imperativo evitar caer en un optimismo ingenuo de que la mera creación de delitos resolverá la problemática. Al contrario, se abogó por una estrategia amplia: cambiar las prácticas institucionales (policiales, judiciales) para que incorporen la perspectiva de género y la comprensión tecnológica; empoderar a las víctimas facilitando denuncias y brindando apoyo integral; y trabajar en la prevención cultural y educativa, desmontando las normalizaciones de la misoginia en línea. Solo a través de esta acción multifacética podremos aspirar a una reducción real de la violencia digital, en lugar de una acumulación de casos penales que ataquen síntomas y no causas.

Las propuestas formuladas –desde reformas legislativas puntuales (penalizar todas las variantes de estas conductas, armonizar leyes) hasta iniciativas institucionales (capacitación, unidades especializadas, cooperación con plataformas) y doctrinarias (investigación, formación académica, difusión social)– buscan trazar una hoja de ruta para avanzar de manera sostenida. Un eje transversal es la perspectiva de género: recordar siempre que estas violencias no ocurren en el vacío, sino en sociedades donde persiste la desigualdad estructural. El enfoque de género asegura que tanto la elaboración de normas como su aplicación y la interpretación doctrinal mantengan en el centro la protección de las mujeres y la remoción de obstáculos para su pleno desenvolvimiento, tal como ahora exige la ley argentina incluyendo los “*derechos y bienes digitales*” de las mujeres.

Este estudio aspira a servir de insumo crítico, aportando al debate latinoamericano con una visión comparativa y actualizada. El carácter inédito de la discusión radica en que estamos ante fenómenos en constante mutación, donde la academia y los operadores jurídicos deben adaptarse rápidamente. Mantener un diálogo permanente entre distintos países de la región, compartir jurisprudencia emergente, estadísticas y buenas prácticas será esencial en el futuro próximo.

Puedo concluir que la violencia de género digital nos confronta con la urgencia de modernizar nuestros marcos legales y nuestras teorías criminológicas sin perder de vista los principios de derechos humanos. Es un campo donde la tecnología y la humanidad se entrelazan: la tecnología amplifica tanto las conductas violentas como nuestras posibilidades de respuesta. Aprovechemos estas posibilidades para crear entornos digitales más seguros para las mujeres. Cada nueva ley sancionada, cada sentencia condenatoria con perspectiva de género, cada campaña educativa lanzada, son pasos en esa dirección. El camino por recorrer es largo, pero la convergencia de esfuerzos -legales, sociales, educativos- permitirá que internet y las redes sociales sean espacios de libertad y desarrollo, no territorios hostiles para la mitad de la población. Garantizar una vida libre de violencias también en el mundo digital es el desafío de nuestra era, y estamos dando los primeros pasos firmes para lograrlo.

BIBLIOGRAFÍA

AMNISTÍA INTERNACIONAL Argentina. *Corazones Verdes: Violencia online contra las mujeres durante el debate por la legalización del aborto en Argentina*. Buenos Aires: Amnistía Internacional, 2020. Disponible en línea.

ARGENTINA. **Ley 26.485** de 2009 – Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Publicada en BO 14/04/2009.

ARGENTINA. **Ley 27.736** de 2023 – Modificación de la Ley 26.485 (Incorporación de la violencia digital, “Ley Olimpia”). Sancionada el 10/10/2023, promulgada y publicada en BO 23/10/2023.

BUOMPADRE, Jorge E. “Sexting, pornovenganza, sextorsión... ¿o qué? Reflexiones sobre la respuesta penal al fenómeno de la difusión no consentida de imágenes íntimas”. *Revista Pensamiento Penal*, noviembre 2017.

CHILE. **Ley 21.153** de 2020 – Modifica Código Penal tipificando delitos relativos a difusión de imágenes o grabaciones de connotación sexual sin consentimiento (conocida como “Ley Pack”).

CIM/OEA (Comisión Interamericana de Mujeres – OEA). *La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas: Guía de conceptos básicos, herramientas de seguridad digital y estrategias de respuesta*. Washington: OEA, 2023.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/2022** de 6 de septiembre – Garantía integral de la libertad sexual (introduce reformas en materia de acoso online, difusión de imágenes sin consentimiento y stalking).

FERNÁNDEZ ESCOBEDO, Guadalupe. “Pornovenganza, cuando la violencia se viraliza”. México: Grafema Revista, 2017. [Citada en Buompadre 2017].

GOBIERNO DE MÉXICO – PROCURADURÍA (Profeco). “La ‘Ley Olimpia’ y el combate a la violencia digital”. *Gob.mx*, 26/04/2021.

LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

MÉXICO. **Decreto de reformas por Ley Olimpia** – Reforma diversas disposiciones del Código Penal Federal y Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Publicado en DOF 01/06/2021.

OEA/MESECVI. *Recomendación General N° 2* (2018) – Violencia y discurso discriminatorio contra las mujeres, niñas y adolescentes en medios digitales.

ORGANIZACIÓN de las NACIONES UNIDAS. **Comité CEDAW**, Recomendación General N° 35 (2017) – Violencia por razón de género contra la mujer, que actualiza la Recomendación General N°19.

PÁGINA 12 (Argentina). “Dos proyectos contra la violencia digital – Ley Belén y Ley Olimpia en debate”. *Página12*, 27/07/2022.

SAIJ (Argentina). Jurisprudencia: “D., M. A. s/ medidas cautelares (Violencia digital – Ley Olimpia)”. Juzg. de Familia de CABA, Expte. 2678/2023. (Primeras aplicaciones de la Ley 27.736).

TIEMPO JUDICIAL (Argentina). “¿Qué proponen la ley ‘Olimpia’ y ‘Belén’?”. *TiempoJudicial.com*, 12/07/2022.

UN WOMEN (ONU Mujeres). “*Cyber Violence Against Women and Girls: A Worldwide Wake-Up Call*”. New York: UN Broadband Commission, 2015.

UNESCO. “*Combating Online Harassment and Misogyny: An International Overview*”. Paris: UNESCO Publications, 2020.

ZERDA, Florencia. *Violencia de género digital*. Buenos Aires: Editoras del Caldero, 2022.

ZUBILLAGA, Violeta; MORALES, Natalia. “Violencia de género digital y derecho penal argentino: avances y desafíos”. En: *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, N°5, 2023.

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL E O PROTAGONISMO FEMININO NA TRANSFORMAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Beatriz Catarine Almeida BELPHMAN¹

Jader Gustavo Kozan NOGUEIRA²

RESUMO

O presente artigo visa abordar a violência institucional contra mulheres no sistema judiciário brasileiro, ressaltando a forma como práticas discriminatórias e patriarcais comprometem direitos fundamentais e perpetuam desigualdades de gênero nos processos judiciais. A partir de uma perspectiva feminista, o estudo analisa criticamente como a cultura machista enraizada nas instituições judiciais influencia a aplicação da lei, causando revitimização das vítimas que buscam proteção e justiça. O objetivo central é evidenciar o protagonismo feminino como força transformadora, destacando dois casos emblemáticos: Maria da Penha Maia Fernandes e Mariana Ferrer. Esses casos exemplificam como as experiências negativas dessas mulheres frente à violência institucional foram cruciais para impulsionar mudanças legislativas significativas, originando a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e a Lei nº 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer). Metodologicamente, utilizou-se uma abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica e documental, privilegiando autoras femininas e a análise legislativa. Por fim, conclui-se que, apesar dos avanços legislativos conquistados pelo protagonismo feminino, o sistema judiciário brasileiro ainda reproduz práticas patriarcais e discriminatórias. Nesse contexto, o feminismo jurídico mostra-se essencial para desconstruir desigualdades e promover uma aplicação mais efetiva da justiça, protegendo adequadamente os direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência institucional.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Institucional. Feminismo Jurídico. Revitimização. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This article addresses institutional violence against women in the Brazilian judicial system, highlighting how discriminatory and patriarchal practices compromise fundamental rights and perpetuate gender inequalities in legal proceedings. From a feminist perspective, the study critically analyzes how the sexist culture rooted in judicial institutions influences the application of the law, causing the revictimization of those seeking protection and justice. The main objective is to showcase female protagonism as a transformative force, highlighting two emblematic cases: Maria da Penha Maia Fernandes and Mariana Ferrer. These cases exemplify how the negative experiences of these women in the face of institutional violence were crucial to driving significant legislative changes, leading to Law No. 11,340/2006 (Maria da Penha Law) and Law No. 14,245/2021 (Mariana Ferrer Law). Methodologically, a qualitative approach was used, with bibliographic and documentary research, prioritizing female authors and legislative analysis. Finally, it is concluded that, despite the legislative advances achieved through female protagonism, the Brazilian judicial system still reproduces patriarchal and discriminatory practices. In this context, legal feminism proves essential to deconstruct inequalities and promote a more effective application of justice, adequately protecting the fundamental rights of women victims of institutional violence.

KEYWORDS: Institutional Violence. Legal Feminism. Revictimization. Fundamental Rights.

1 Acadêmica do 8º período do curso de Direito pela Faculdades Integradas do Vale do Ivaí - beatrizcatarine140@hotmail.com, <https://lattes.cnpq.br/2879724217305128>

2 Mestrando em direito, sociedade e tecnologias – Faculdades Londrina. Professor universitário e advogado – jdrugustavo@hotmail.com - <https://lattes.cnpq.br/6172274048756658B> - <https://orcid.org/0009-0006-5844-9697>

INTRODUÇÃO

Este artigo científico tem como tema central a violência institucional, como uma violação de direitos fundamentais dentro da legislação brasileira, trazendo exemplos práticos de casos que demonstraram como essa violência pode acarretar um retrocesso constitucional. O tema se revela de suma importância quando nos deparamos com casos concretos que precisam ser combatidos, precisamos entender: porque o sistema de justiça, que deveria combater esses tipos de violência, é o seu principal fomentador?

O processo judicial é composto por uma série de sujeitos, que devem cooperar entre si, porém existem situações onde esse processo acaba sendo utilizado de forma deturpada a agredir partes que o compõem, trazendo um prejuízo para a justiça de modo geral, a violência institucional apresenta um enraizamento da cultura machista e patriarcal que existe dentro das instituições do poder judiciário.

Este trabalho tem como objetivo geral compreender a falha no sistema judicial, na efetivação prática da lei e o que isso pode ocasionar nas vítimas dentro do processo como a falta de consideração dos seus direitos básicos, comprometendo a eficácia protetiva prevista pela própria lei, que é garantido as mulheres que procuram o sistema de justiça para apresentar as suas queixas.

Dessa forma, objetiva-se, analisar através do ponto de vista feminista, como o gênero feminino pode influenciar positivamente dentro de um sistema de justiça, trazendo a tona as irregularidades presentes dentro dos processos judiciais, bem como a explanação dessas irregularidades para que sejam vistas e consertadas.

A metodologia adotada para a construção da pesquisa é o método dedutivo, onde a pesquisa será conduzida por meio de uma abordagem qualitativa, baseada em pesquisas bibliográficas e documental, cuja a autoria seja preferencialmente de mulheres, bem como leis trazendo análise sucinta da Lei Maria da Penha n.º 11.340/2006, a Lei Mariana Ferrer n.º 14.245/2021, além de leis que abordam sobre a violência institucional, buscando através da interpretação dessas leis e do material encontrado elucidar como o sistema de justiça tem tratado a violência institucional.

O primeiro capítulo abordará a respeito da violência institucional, apresentando as instituições do sistema judiciário e a suas irregularidades quando o assunto é tratamento igualitário para mulheres vítimas dentro de um processo, com a análise histórica de como se desenvolveu o sistema judiciário e de que modo a cultura patriarcal influencia no contexto contemporâneo as relações processuais.

O segundo capítulo foi dividido em dois sub tópicos, ambos trazendo o mesmo assunto, mulheres que foram vítimas do sistema de justiça, mas buscaram fazer com que a sua voz fosse ouvida. Em primeira análise será abordado a história da Maria da Penha Maia Fernandes e como a sua luta influenciou todo um sistema de justiça, que primeiramente teria lhe negado a justiça básica, porém graças a sua persistência e a influência de órgãos internacionais fizeram com que a justiça fosse em partes concedida, levando um legado histórico e segurança a mulheres dentro do território nacional.

Em continuidade ao segundo capítulo, o sub tópico dois traz análise da lei Mariana Ferrer, que também assim como Maria da Penha fez com que a sua voz fosse ouvida, mostrando as irregularidades persistentes dentro do sistema de justiça.

O terceiro e último capítulo aborda sobre o feminismo jurídico, que está entrelaçado dentro de todo escopo da pesquisa, visto que ele influenciou para que algumas disparidades fossem amenizadas, assim como deu forças as vozes femininas historicamente silenciadas pela sociedade machista, para enfim expressar o seu descontentamento com o descaso ocasionado dentro do sistema judiciário.

Com a abordagem desses três capítulos essa pesquisa visa uma contribuição significativa para as discussões a respeito do tema violência dentro do sistema de justiça contra as mulheres, apresentando as lacunas do espaço do sistema judiciário, o trabalho buscando formas de amenizar a disparidade e a desigualdade de gênero pré-existente, trazendo para o ambiente acadêmico contribuições para os debates com essa temática, de modo que também apresente evidências para o sistema jurídico, com a finalidade de que ocorra uma maior sensibilidade ao se tratar desse tema.

1. BREVE PANORAMA SOBRE AS IRREGULARIDADES E VIOLAÇÕES NO JULGAMENTO EM CASOS DE GÊNERO

Existe uma falta de efetivação para o real cumprimento das normas impostas no ordenamento jurídico brasileiro, no qual o sistema judicial, leva como ideal a proteção dos mais vulneráveis, mas acaba abrindo espaço para que ocorra a revitimização, fazendo com que se perpetue a violência, bem como a desigualdade de gênero, onde acaba ocorrendo o uso indevido do poder por parte dos atores processuais com o exercício indevido de suas atribuições (Andrade, 2024, p.8).

É fundamental trazer a análise do contexto histórico, onde se desenvolveu o sistema judiciário brasileiro frente as mulheres, nesse sentido temos uma narrativa histórica de Rachel Soihet (2004), no livro História das Mulheres no Brasil:

O Código Penal, o complexo judiciário e a ação policial eram os recursos utilizados pelo

sistema vigente a fim de disciplinar, controlar e estabelecer normas para as mulheres dos segmentos populares. Nesse sentido, tal ação procurava se fazer sentir na moderação da linguagem dessas mulheres, estimulando seus “hábitos sadios e as boas maneiras”, reprimindo seus excessos verbais. (Soihet, 2004, p.305).

Evidentemente que a cultura do patriarcado está atrelada ao escopo do sistema de justiça brasileiro, buscando desde sempre os interesses masculinos, mas incansavelmente as mulheres lutam através de movimentos terem os seus direitos básicos reconhecidos, a serem tratadas com paridade dentro de um processo, com reconhecimento de seus direitos fundamentais, a legislação tem um papel importante no reconhecimento dessas prerrogativas, impondo determinações específicas em prol dos direitos das mulheres.

Conforme afirma a autora Aline Damasceno Pereira de Sena (2024, p. 60); "O primeiro passo para percepção das falhas que produzem violações aos direitos humanos das mulheres dentro do sistema de justiça consiste no reconhecimento da ausência de neutralidade normativa." Existe uma ausência da neutralidade ou igualdade dentro do processo, para que ocorra o aumento da efetividade do poder do sistema judiciário.

A mulher, atualmente, conquistou o seu espaço dentro do ordenamento jurídico brasileiro, após inúmeros embates pelos movimentos feministas, onde conseguiu o reconhecimento da mulher como uma detentora efetiva de direitos, mesmo que tal avanço seja cercado por ideais machistas e patriarcais, que aos poucos vai ocorrendo um aperfeiçoamento dos ordenamentos (Sena, 2024, p. 62).

O Estado brasileiro guiado pela Constituição Federal de 1988 a Carta Magna do país, tem a responsabilidade de coibir todas as formas de discriminação, visando a igualdade entre homens e mulheres, o artigo 5º preleciona que "Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:", importante ressaltar nessa análise o inciso XLI que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (Brasil, 1988).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 10, esclarece a garantia de um tratamento igualitário e justo, onde um tribunal de forma equilibrada: "Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". Esse julgamento justo deve ser garantido em todas as esferas do direito, buscando a equidade entre as partes (ONU, 1948)

Em contribuição a essa legislação, vem a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher, a "Convenção Belém do Pará de 1994" (decreto nº 1.973, de 1º

de agosto de 1996), que busca aplicar as medidas cabíveis para que houvesse uma igualdade entre as partes e a intolerância fosse suprimida, tanto que aos Estados são incumbidos de uma sequência de deveres, no art. 7º:

Art. 7º Os Estados-partes condenam toda as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas e prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em:

- a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
- f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
- g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
- h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

A equidade consiste em uma adoção de medidas que igualem as desvantagens históricas, impostas pelo patriarcado, que prejudicam o acesso a justiça e a forma de tratamento igualitários, não permitindo que ocorra o cumprimento da legislação vigente, restando a ocorrer um claro retrocesso. A adoção da equidade no processo, não contraria a ideia de igualdade entre as partes, mas sim complementam para que efetivamente o processo seja de fato igualitário. (Moreira, 2020, p. 130)

O sistema de justiça é de suma importância na aplicação das leis, principalmente na Lei Maria da Penha, visto que esse tema é o foco principal da pesquisa – existe a necessidade de ocorrer o acolhimento da mulher vítima lhe dando soluções rápidas e eficazes para os seus males de formar a não promover a sua revitimização pelos fatos já sofridos, porém a prática mostra um verdadeiro descompasso com o que é almejado, com tratamento de descaso frente aos casos concretos, trazendo o processo como um instrumento de violência (Hildebrand, Vienna e Moura, 2023, p. 142-144).

A violência processual surge com o uso excessivo do direito, em uma situação flagrante de abuso de direito de defesa, onde o sistema de justiça demasiadamente instrumentalizado, a fim de prolongar e perpetuar as desigualdades, principalmente com mulheres, com o uso de "práticas institucionais que afetam desproporcionalmente mulheres" dentro do sistema, existe um maior

enrijecimento dentro de procedimentos envolvendo violência doméstica (Sobreiro, 2025, p. 53).

A autora Vitória Cavalcante Andrade, apresenta a violência institucional da seguinte forma:

A violência institucional, como um mecanismo perverso de controle social, se manifesta de maneiras diversas, atingindo grupos vulneráveis e perpetuando desigualdades. No contexto da violência contra a mulher, essa forma de violência assume contornos ainda mais dramáticos, pois se origina nas próprias instituições que deveriam protegê-la: o sistema de justiça. (Andrade, 2024, p. 30)

Acaba ocorrendo uma barreira no atendimento em decorrência da violência oculta que sobrevém inerente no processo que envolve vítimas mulheres, transformando do espaço destinado ao acolhimento um lugar de revitimização, sujeitando a mulher a passar por embaraços como tratamentos desiguais que perpetuam as diferenças, utilizando de estereótipos repetidas vezes, promovendo efetivamente a desigualdade, violando os direitos fundamentais instituídos.

A violação de preceitos fundamentais ocorre de diferentes formatos, podendo apresentar como um descaso com a vítima causado lhe a recorrente prática de revitimização, bem como também o desmazelo com o tempo razoável do processo, causando uma demora na efetivação do feito, trazendo uma prolongação da dor e do sofrimento por parte da vítima, que acaba se sujeitando várias vezes a passar pelo descontentamento de se apresentar ao sistema de justiça. (Rocha, 2020, p. 3).

A Lei 14.321/2022 vem com a elucidação a respeito da violência institucional, havendo no sistema jurídico brasileiro a necessidade da tipificação desse delito, alterando a lei de abuso de autoridade, passando a vigorar acrescida do artigo 15-A à Lei nº 13.869, de 2019. A legislação estabelece que submeter a vítima ou testemunha de crimes violentos, a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a levem a reviver sem a estrita necessidade a situação de violência (Brasil, 2022)

Compreende-se que a legislação busca evitar a revitimização desnecessária para as partes lesadas no processo, mas devido a ampla interpretação pode ocasionar em irregularidade na aplicação. Vitória Cavalcante de Andrade (2024) afirma:

Em um país marcado por desigualdades estruturais, a subjetividade envolvida na definição de 'necessidade' e 'procedimentos invasivos' cria brechas para interpretações que muitas vezes desconsideram as particularidades das vítimas e o contexto de revitimização ao qual elas estão submetidas. (Andrade, 2024, p.38)

A criação do Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres (CNDM), instituído pela Lei n.º 7. 353 de 1985, tem a incumbência de eliminar a discriminação das mulheres, através de políticas públicas, bem como assegurar a condição de igualdades e de direito, no art. 4º onde apresenta as competências do CNDM, na alínea "g" e alínea "e":

g): receber e examinar denúncias relativas à discriminação da mulher e encaminhá-las aos órgãos competentes, exigindo providências efetivas.

e): fiscalizar e exigir o cumprimento da legislação que assegura os direitos da mulher;

(Brasil, 1985)

Posto isto, é evidente que o estatuto preconiza os direitos das mulheres que são vítimas do sistema patriarcal, buscando que o sistema justiça não reproduza esses estereótipos, mas sim empenhe-se em desconstruir esse padrão, não levando a revitimização dentro do processo, da mesma forma que equipare as partes, a fim de promover uma maior efetivação dentro do sistema judiciário.

A legislação instituída para assegurar direitos, são frequentemente debilitadas, mostrando-se impotentes, perpetuando a injustiça e divisão de gênero que acontece dentro do âmbito judiciário, onde existe a obrigação daqueles que devem assegurar o texto da lei, mas acabam deturpando e interpretando de maneira inadequada a norma que os rege, mantendo as iniquidades de um sistema visivelmente falho, quando assunto é tratamento das vítimas.

A autora Evangelina Castilho Duarte (2024), trouxe à tona em seu trabalho ambientes em que a mulher vítima de violência doméstica acaba sendo revitimizada; "Mulheres vítimas de violência doméstica enfrentam vulnerabilidade exacerbada em ambientes que deveriam ser de segurança e conforto, impactando seu desenvolvimento em diversas esferas da vida." Precisa ocorrer a expansão temas que abordem a violência contra mulher em suas "múltiplas dimensões", para que ocorra a proteção legal, promovendo uma maior aplicação dos seus direitos fundamentais (Duarte, 2024, p.27).

A autora mexicana Marcela Lagarde, em seu livro *Género y feminismo* de 1996 ratifica que:

La reivindicación de la igualdad como principio normativo y como derecho se sustenta en el principio ético de la justicia: no es justa la convivencia en la desigualdad y tampoco la competencia en la desigualdad. Y, como todo enfoque de la justicia, se propone determinar otra distribución de derechos y deberes. (Lagarde, 1996, p.207)

(Tradução Livre: A reivindicação pela igualdade como princípio normativo e como direito se sustenta no princípio ético da justiça: não é justa a convivência na desigualdade e tampouco a concorrência na desigualdade. E, como todo enfoque da justiça, se propões determinar outra distribuição de direitos e deveres.) (Lagarde, 1996, p.207)

Existe a necessidade de princípios éticos dentro da justiça, como a autora elucida, não é justo a desigualdade ou concorrer com essa desigualdade, essa "concorrência" acaba restando a vítima que necessita em diferentes casos, "lutar" para que seja tratada com o mínimo respeito, fazendo com seus direitos fundamentais sejam uma dádiva concedida, não um dever que é obrigado por lei.

Por fim entende que estas constatações reforçam a urgência da elucidação do tema, como uma forma de combate as múltiplas formas de violência contra mulheres, embora exista inúmeras legislações e estatutos que lutam pelos direitos desse grupo mais vulnerável, a efetivação dessas garantias ainda esbarra em vicissitude persistentes de um sistema patriarcal, com uma estrutura assimétrica dentro do sistema de justiça permeada por relações assimétricas, palco para

revitimização.

2. REFLEXOS POSITIVOS DE COMBATE A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL: LEI MARIA DA PENHA E LEI MARIANA FERRER

O capítulo anterior apresentou o sistema de justiça e como ele corrobora para ocorrer a revitimização da mulher nos processos onde as mesmas se enquadram como vítimas. Observou a aplicação falha das normas e a má interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, frente a casos práticos, tornando a ocorrer veladamente a violência institucional.

Neste capítulo, busca-se explorar ocorrências, que foram ocasionadas dentro do sistema jurídico, que acabaram gerando tanta repercussão virando leis instituídas dentro do nosso ordenamento jurídico. Abordou-se o caso que originou a Lei n.º 11.340 de 2006 comumente conhecida como Lei Maria da Penha e a mais recente Lei n.º 14.245/2021 Lei Mariana Ferrer, ambas as leis tiveram como suas protagonistas mulheres que sofreram nas mãos do sistema de justiça brasileiro.

2.1. Caso Maria da Penha Maia Fernandes

Um novo paradigma se sucedeu após a promulgação da Lei n.º 11.340/2006, comumente conhecida como a Lei Maria da Penha, o qual representou um avanço na luta contra a violência doméstica, diminuindo a profunda diferença entre gêneros, permitindo que a parte mais fragilizada da relação pudesse ter os seus direitos básicos garantidos.

A trajetória da Lei Maria da Penha é marcada por dor e sofrimento, da senhora Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica bioquímica, casada com Marcos Antonio Heredia Viveros, mãe de três filhas, viu o seu cônjuge e grande amor se tornar o seu maior terror, Maria sofreu além de inúmeras agressões. E em duas oportunidades o marido tentou matá-la dentro do seu próprio lar (Instituto Maria da Penha, 2025).

Porém, a série de violência não acabou por dentro do lar de Maria, passou a ter outro vilão: o Poder Judiciário. O qual promoveu uma verdadeira revitimização de uma mulher já vitimizada que buscou auxílio frente as autoridades competentes (Instituto Maria da Penha, 2025).

No período da relação matrimonial Maria denunciou as agressões que sofreu, porém nenhuma providência foi tomada, chegando a pensar que "Se não aconteceu nada até agora, é porque ele, o agressor tinha razão de ter feito aquilo", em decorrência da inatividade da justiça escreveu um livro "Sobrevivi...posso contar", que gerou grande movimentação chegando até o Centro de Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), juntamente com o Comitê Latino Americano e do Caribe para Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), onde denunciaram a Comissão

Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (Dias, 2019, p.22)

A referida ação ocasionou no Relatório n. 54 da OEA, mais de 17 anos desde que foi iniciada a investigação pelas agressões, apesar da Comissão ter solicitado informações o Estado brasileiro não apresentou resposta alguma quando questionado a respeito das investigações: (OEA, 2001)

O Relatório n. 54 da OEA, além de impor o pagamento de indenização no valor de 20 mil dólares, em favor de Maria da Penha, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência e omissão frente à violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas "simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual. A indenização, no valor de 60 mil reais, foi paga a Maria da Penha, em julho de 2008, pelo governo do Estado do Ceará, em uma solenidade pública, com pedido de desculpas. (Dias, 2020, p.22)

É de suma importância ressaltar que o Brasil já era signatário da Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir E Erradicar A Violência Contra A Mulher, "Convenção De Belém Do Pará", (1994), que em seu texto reafirma os direitos fundamentais das mulheres, buscando aplicar medidas cabíveis para que fosse suprimida essa intolerância, mas apenas após o caso da Maria da Penha ter chegado até a OEA, que o Brasil resolveu dar cumprimento à essa Convenção.

Em uma análise para compreender a Lei Maria da Penha, vislumbra-se mais uma vez o descaso do Poder Judiciário frente este fato, visto que a dita Lei foi sancionada somente em 7 de agosto de 2006 e entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006, passando mais de 20 anos da ocorrência do crime até uma medida efetiva do Estado. Primeiramente após entrar em vigor era de competência dos Juizados Especiais Criminais, regidos pela Lei n.º 9.099/1995, tendo como função atender os delitos de menor potencial ofensivo, com a simplificação dos processos um modelo que prioriza a agilidade e a participação da vítima para que ocorra a resolução dos conflitos. (Morato, et. al, 2009, 70-75)

Essa aplicação gerou grande descontentamento nos movimentos feministas, conforme afirma a autora Vitória

Cavalcante Andrade (2024):

A lei, que priorizava a conciliação e a aplicação de penas mais brandas, foi considerada inadequada para lidar com a complexidade da violência de gênero e acabou por reforçar a sensação de impunidade e a revitimização das mulheres (Bandeira, 2007). A resistência em reconhecer a violência doméstica como um problema social e a tendência em tratá-la como uma questão de menor potencial ofensivo, reforçavam a vulnerabilidade das mulheres e a impunidade dos agressores. (Andrade, 2024, p.18-19).

Os movimentos feministas denunciaram que a Lei 9.099/95, ao ser aplicada aos casos de violência doméstica sem levar em consideração a dinâmica de gênero, resultava em diversos equívocos, desde a falta de entendimento sobre o fato de que a violência contra a mulher é uma parte fundamental das relações hierarquizadas entre os gêneros, até decisões inadequadas que, em várias ocasiões, acabaram por legitimar uma violência tanto social quanto jurídica (Bandeira, 2007). (Andrade, 2024, p.18-19)

Culminando para que houvesse uma busca por legislação própria que realmente fosse dada real importância para a violência doméstica, mas após muitos questionamentos foi excluída da competência do JECRIMs, deixando uma mensagem implícita de que "Violência doméstica não é crime de menor potencial ofensivo", havendo um claro objetivo de punir com mais rigidez os crimes cometidos em âmbito doméstico, atualmente a competência para julgamento dessas ações é das Varas de Violência Doméstica, ou em alguns casos dos Juizados de Violência Doméstica Familiar Contra Mulher (Dias, 2019, p. 154-156).

Conforme afirma Maria Benereice Dias (2019) além da alteração social que a LMP trouxe, mudança no sistema jurídico, ocorreu similarmente uma mudança no Código Penal de 1940, antes da Lei 11.340/2006, ninguém considerava violência doméstica como um crime, somente a lesão corporal era visto de maneira mais grave, a referida Lei trouxe no seu art. 5º, as tipificações do que configura violência doméstica e familiar contra mulher:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Abrange não somente atos ilícitos e crimes na esfera penal, mas também na órbita civil, podendo gerar penalidades nas diferentes esferas. As alterações no CP, se limitaram a agravantes e algumas majorantes a depender da situação concreta, porém em 2024 a Lei n.º 14.994/2024, retirou o feminicídio como uma agravante do homicídio, passando a ser um crime autônomo com pena específica (20 a 40 anos), uma evolução para a luta contra a violência doméstica.

A Lei Maria da Penha também é amparada pela Constituição Federal, pois visa promover a igualdade da mulher, sendo um dos deveres do Estado a garantia da assistência à família, "visando coibir a violência no âmbito de suas relações", conforme legaliza o art. 226 § 8º. Dessa forma a Lei que busca a proteção da mulher vítima de violência doméstica, cria mecanismos para punir e prevenir esses males (Siqueira e Junior, 2023, p. 484).

Apesar da seguridade jurídica e o arcabouço extenso legislativo, ainda permeia em percalços para que ocorra a efetiva aplicação, como a dificuldade do acesso à justiça por parte das vítimas, a credibilidade da sua palavra, bem como a burocratização do processo, tornando o Estado mais um instrumento de Violência.

As autoras Cecília Rodrigues Frutuoso Hildebrand, Stephanie Dettmer Di Martin Vienna e Kamile Santos Kemp Marcondes de Moura, destacam que:

O Judiciário deve punir com rigor tais condutas que visam transformar os processos e o acesso à justiça em instrumentos de violência contra as mulheres, e uma das formas que a legislação processual prevê para punir condutas desleais é a condenação nas penas da litigância de má-fé. (Hildebrand, et. al, 2023, p. 155)

Nos casos concretos existe uma responsabilidade de todas as partes do processo, para não ocorra o uso abusivo do poder processual, incumbido então ao Estado o dever de proteger a mulher na esfera processual e evitar prática de violência, que por vezes ocorre reiteradamente.

Assim, entende-se que a Lei 11.340/2006 que leva o nome da sua fundadora e vítima Maria da Penha Maia Fernandes, que lutou veementemente para que sua voz fosse ouvida, mas o seu grito de socorro ocasionou mudanças que abrangeriam uma nação inteira e inúmeras outras vítimas silenciadas. A perspectiva histórica é de suma importância para entender o caráter prático da Lei, a sua evolução dentro do sistema de justiça ainda é algo a se aperfeiçoar, para que por fim ocorra uma igualdade processual e a vítima seja tratada como tal.

2.2. Caso Mariana Ferreira Borges

Estabelecido a respeito da Lei e história da Maria da Penha, como também a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, adentra-se da mesma forma de abordagem ao Caso Marina Ferrer que culminou na Lei n.º 14.245/2021, buscando compreender o seu contexto, as ocorrências que sucederam em malefício e revitimização de Mariana Ferrer.

Em dezembro de 2018, Mariana Ferreira Borges, conhecida como “Mari Ferrer”, uma influenciadora digital, teria sido vítima de um crime horrendo que atentou contra a sua dignidade sexual, tipificado na denúncia pelo art. 217-A, no seu parágrafo 1º:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Brasil, 1940)

Quem teria sido o autor desse delito? O empresário André de Camargo Aranha, ele foi acusado pela vítima de ter a estuprado em uma Festa em Jurerê Internacional, Florianópolis. O processo judicial, registrado pelo número 0004733-33.2019.8.24.0023, na 3ª Vara Criminal, a ação levou como base o exame de corpo de delito onde existiu provas da materialidade, vindo a confirmar a prática de conjunção carnal e a ruptura do himenal recente, porém outro laudo não comprovou se a vítima estaria alcoolizada no momento a fim de comprovar a sua real falta de consentimento para o ato sexual (Brasil, 2020).

O descaso do sistema de justiça frente ao caso da Mariana, iniciou no registro da denúncia, onde a vítima se dirigiu até uma delegacia de polícia, entregou as roupas que estava utilizando no momento do crime para juntada de provas, após o episódio emblemático na Delegacia Mariana divulgou sua história nas redes sociais, realizando críticas ao trabalho da polícia civil, pois aparentemente o objetivo da entidade era apenas proteger o acusado, por se tratar de alguém com muitos bens (Almeida, 2022, p. 40).

Após um árduo processo que a vítima estava se sujeitando, as ofensas tenderiam a piorar, na segunda audiência de instrução e julgamento o advogado de defesa, transformou a sessão em um palco de revitimização, buscando fazer com que a vítima do processo se tornasse a acusada, em especial pelo seu estilo de vida.

Em sua audiência de instrução, o advogado declarou:

Graças a Deus não tenho uma filha do teu nível, graças a Deus. E também peço a Deus que meu filho nunca encontre uma mulher que nem você. [...] O que ela quer é público, plateia. Ela não quer esclarecer nada. Ela não quer que se termine. Ela quer curtidas no Instagram, que é a fonte de apoio dela, porque ela vive disso. Essa farsa que ela montou (Intercept Brasil, 2020).

A atitude degradante do advogado do acusado, bem como a não intervenção partes envolvidas na audiência, nem mesmo do juiz que a presidia, e do membro do ministério público, como fiscal da lei, apresentou um claro caso de violência institucional, essa omissão diante do claro caso de violência psicológica praticada contra a vítima, utilizada pela defesa se embasando em estereótipos, preconceito sociais, apresentam evidentemente o déficit da justiça proteger e garantir os direitos básicos as vítimas dentro do processo (Andrade, 2024, p. 33).

O processo de Mariana Ferrer indignou o Conselho Nacional de Justiça bem como recebeu duras críticas dos ministros de tribunais superiores, ganhando repercussão nacional, a violência institucional sofrida por essa vítima durante todo processo judicial, deixou claro a necessidade de existir uma forma de coibir a violência institucional (G1, 2020).

Segundo a autora Jéssica Grisa de Almeida (2022)

Em resposta, a Corregedoria Nacional de Justiça e a Corregedoria Nacional do Ministério Público afirmaram estarem comprometidas em apurar conduta de Rudson Marcos e Thiago Carriço (FERREIRA, FERREIRA, 2021, p. 373).

Já, a Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina (OAB/SC) informou que oficiou o advogado Gastão Filho para que prestasse esclarecimentos acerca de suas falas em relação a Mariana (ANTUNES, 2020). (Almeida, 2022, p.48)

O processo de Mariana Ferrer levou a absolvição do acusado, pois o promotor de justiça concluiu em suas alegações que não havia elementos suficientes para que houvesse a imputação do crime, recomendando que o acusado fosse absolvido, segundo o relatório do processo, que fora acatado pelo Poder Judiciário:

Sendo assim, a meu sentir, o relato da vítima não se reveste de suficiente segurança ou verossimilhança para autorizar a condenação do acusado. Em que pese seja de sabença que a jurisprudência pátria é dominante no sentido de validar os relatos da vítima, como prova preponderante para embasar a condenação em delitos contra a dignidade sexual, nos quais a prova oral deve receber validade maior, constata-se também que dito testemunho precisa ser corroborado por outros elementos de prova, o que não se constata nos autos em tela, pois a versão da vítima deixa dúvidas que não lograram ser dirimidas (Brasil, 2020).

Graças a ampla divulgação do caso, houve um intenso movimento por parte do público feminino, que começaram a defender a necessidade de inovação dentro do sistema jurídico brasileiro, para que garantissem uma maior segurança para as vítimas dentro do sistema de justiça. A busca excessiva pelo direito resultou no projeto de lei oriunda do projeto de lei (PL) 5.096/2020 de autoria da Deputada Federal Lídice da Mata (PSB/BA), que por fim fundou a Lei 14.245/2021.

A Lei Mariana Ferrer que em seu art. 1º dispõe que:

Art. 1º Esta Lei altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo.

A Lei visa aumentar a pena para o crime de coação dentro do processo, crime este já tipificado no Código Penal. Esse ato pode ser definido como a violência praticada dentro do processo pode se apresentar de várias formas, como ameaça, violência contra as partes envolvidas dentro do processo, com a intenção de favorecimento dentro do ato (Senado, 2021).

A revitimização de Mariana Ferrer, foi um grande marco negativo na história do judiciário brasileiro, tendo atingido os parlamentares ao ponto de “escutar e dar voz”, a vítimas que são historicamente silenciadas, fazendo com que a Lei 14.245/2021, fosse uma resposta legislativa capaz de proteger as partes fragilizadas no processo. (Almeida, 2022, p. 58)

A autora Vitória Cavalcante de Andrade (2024), destacou como Mariana Ferrer se pronunciou recentemente;

A busca por justiça e o reconhecimento de sua história são elementos cruciais na luta de Mariana Ferrer. Ela clama para que a Lei 14.245/2021 e outras iniciativas de combate à violência institucional sejam capazes de dar voz às vítimas e garantir que seus direitos sejam respeitados. A frase "Se não vivesse automaticamente, se tentasse nos esconder e afastar, teríamos que queimar" (The Exposed Brasil, 2024) revela a intensidade do sofrimento e o medo de ser consumida pela violência sofrida.

Existe uma clara dor nas falas da vítima mesmo após anos do ocorrido, ainda paira sobre ela a impunidade que sofreu, que além do fato criminoso, foi submetida a amplas formas de violência psicológica advindas de um local onde a vítima esperava receber amparo e proteção, ficou sujeita a descasos e agressões verbais, fazendo com que o processo fosse ambiente de revitimização, tirando ela do seu papel de vítima e tentando a impor o papel de acusada.

A lei 14.245/2021 foi elaborada e aprovada devido a forte pressão midiática e popular,

visto que a população principalmente o público feminino clamava por justiça, os movimentos feministas juntaram suas forças mediante manifestações populares nas ruas e dentro das redes sociais, para que suas vozes fossem ouvidas e mais mulheres não fossem mais uma vez vítimas em um sistema que em tese tem a obrigação de protegê-las.

3. FEMINISMO JURÍDICO: CAMINHO PARA UMA JUSTIÇA MAIS IGUALITÁRIA

Cada vez mais vemos que o público feminino tem conquistado local de fala e atuação dentro da esfera jurídica, um local que outrora era “direcionado” e “frequentado” somente por homens. No capítulo anterior constatou-se que mulheres que ocuparam o seu devido lugar no sistema de justiça, primeiramente infelizmente injustiçadas e tratadas com desdém, mas como verdadeiras guerreiras fizeram com que sua voz fosse ouvida e a sua causa fosse atendida, ocasionando em mudanças no sistema jurídico.

Desta forma, busca-se contextualizar o que é o feminismo dentro da esfera jurídica, como um campo analítico dentro da ação política que busca entender como o direito pode agregar para o gênero feminino, visto que esse grupo foi historicamente permeado por uma cultura masculina, sendo negado o acesso justo à justiça, sendo que desde o seu surgimento do feminismo busca denunciar a a centralidade masculina presente nos discursos jurídicos (Silva, 2018, p.239).

O feminismo jurídico pode ser entendido como um conjunto de "críticas, teorizações, preposições metodológicas e atividades desenvolvidas por juristas femininas" dentro de um sistema de justiça, levando em conta que a proposta principal do feminismo é desenvolver ideias que promovam uma transformação com foco na igualdade de gênero. A abordagem do feminismo dentro da esfera jurídica leva a compreender o caráter androcêntrico, enraizado dentro do direito (Silva, 2018, p.244).

Com a evolução dos anos o feminismo começou ver que a esfera jurídica, poderia sim permear os direitos as mulheres, se tornado então um meio capaz de representá-las, conforme afirma a autora Judith Butler em sua obra "Problema de gênero, (2018)

Para a teoria feminista, o desenvolvimento de uma linguagem capaz de representá-las completa ou adequadamente pareceu necessário, a fim de promover a visibilidade política das mulheres. Isso parecia obviamente importante, considerando condição cultural difusa na qual a vida das mulheres era a mal representada ou simplesmente não representada (Butler, 2018, p. 14).

O reconhecimento de uma fala capaz de representar o público feminino, faz parte de um processo de reconhecimento simbólico, que produz grandes efeitos dentro da sociedade, principalmente na esfera jurídica trazendo então maiores atribuições para essa parcela da sociedade, que veementemente e massacrada pelo patriarcalismo e a desigualdade que acaba sendo provocada.

A desigualdade de gênero é fundada no patriarcado, apresenta a precariedade do acesso as garantias fundamentais e principalmente a dignidade humana, o patriarcado estabelece uma relação "assimétrica" nas relações, mantendo a dominação dos homens sobre o "gênero", sendo esse um dos assuntos que está entrelaçado na crítica do feminismo jurídico (Moreira, 2020, p. 122).

Almeja-se que ocorra uma desconstrução dos estereótipos e da discriminação que ocorre por séculos, que os aplicadores do direito busquem de maneira harmoniosa buscando uma paz equitativa, que haja dentro da sociedade leis que adotem perspectiva através do gênero, permitindo reconhecer a individualidade e a igualdade da mulher a partir de textos legais (Silva et. al, 2020, p. 6-8).

A escritora mexicana Marcela Lagarde, retrata em sua obra "Genéro y feminismo", a respeito da "igualdade de los sexos" (igualdade dos sexos):

Como contenido de la condición femenina, la ciudadanía implica a las mujeres en tanto categoría genérica. Aunque los códigos y las leyes modernas aseguran la "igualdad de los sexos", todavía esa igualdad de acceso a la política civil no es una práctica social. En su lugar hay marginación, discriminación y opresión a las mujeres como género. Mientras la ciudadanía no sea una cualidad decidentidad de todas, no habrá desaparecido esta dimensión de la opresión genérica, aunque tenga distintos grados y matices para cada mujer Específica. (LAGARDE, 1996, p.206)³

O gênero é um princípio ordenador que associado a outros meios se torna um modo de dominação, colocando as mulheres em local de discriminação e opressão, fazendo com que o feminismo lute veemente contra essas atitudes imposta pela cultura patriarcal e a imensa valorização do homem em locais de poder.

A masculinidade é uma parte crítica da ordem de gênero, gerindo um poder social que sustenta a desigualdade, mantendo as mulheres em situação de subordinação, dentro das instituições e do Estado como um todo, dentro de locais onde as relações e gênero são constituídas e mantidas, o poderio masculino atua com maior autoridade fomentando violências e discriminações. A busca pelos direitos das mulheres e o seu bem-estar, bem como sua livre expressão, são pautas dos movimentos atuais do feminismo, no contexto contemporâneo as mulheres têm sido vistas cada vez mais como agente de mudanças, incumbidas pela transformação social, abrangendo tanto mulheres como também alterando a vida dos homens. (Lage e Rocha, 2020, p.226)

A desigualdade de gênero é comprovada pela disparidade das ocupações dos espaços por homens e mulheres dentro da sociedade, o movimento feminista trouxe notoriedade dentro dessa questão, trazendo a tona uma vulnerabilidade sofrida pelo público feminino, que é submetido a uma

3 Tradução livre: Como conteúdo da condição feminina, a cidadania implica as mulheres uma categoria genérica. Embora os códigos e as leis modernas assegurem a "igualdade dos sexos", todavia essa igualdade de acesso à política civil não é uma prática social. Em só um lugar há marginalização, discriminação e opressão as mulheres como gênero. Enquanto a cidade não for uma qualidade de identidade de todas, não haverá o desaparecimento desta dimensão, a opressão genérica, embora tenha distintos graus e diferenças para cada mulher Específica. (Lagarde, 1996, p.206)

"cultura machista e androcêntrica", que ocasiona em diversas formas de violências, até mesmo na esfera judicial (Natércia e Borges, 2023, p. 469).

A construção do gênero como uma estrutura hierárquica, que distingue em diferentes exposições homens e e mulheres colocando-os com poderes desiguais, está na raiz crítica de assuntos relacionados ao direito do movimento feminista, dentro do sistema jurídico essa desigualdade se manifesta de diferentes maneiras desde a linguagem inapropriada utilizada, podendo resultar na perpetuação da discriminação contra as mulheres (Andrade, 2024, p. 26).

Os movimentos feministas se iniciaram como locais para debates e reflexões sobre as desigualdades existentes dentro da sociedade, buscando fazer com que as mulheres, outrora esquecidas dentro de uma comunidade pensante, tivessem os anseios colocados em pé de igualdade com os pedidos dos homens, protegidos pelo patriarcado (Moreira, 2020, p.120).

O patriarcado influenciou na construção de um Estado desequilibrado, naturalizando a ideia de privilégios aos homens e submissão das mulheres, a disparidade pode ser observada quando vista sobre a ótica dos direitos instituídos, analisa que as mulheres tiveram os seus direitos retardados em todas as esferas culturais e sociais, como a inserção tardia no mercado de trabalho e o direito ao voto, ambos exemplos mostram que as mulheres demoraram ter direitos básicos que aos homens é instituído como garantia (Moreira, 2020, p.120).

A autora Aline Damasceno Pereira de Sena, (2020), apresenta em seu artigo uma abordagem crítica sobre o patriarcado dentro do direito penal[;

Historicamente, essa deficiência atesta-se pela deliberada omissão do Poder Público em assegurar direitos fundamentais das mulheres, ensejando na privatização desses conflitos, e, por conseguinte, sua perpetuação, haja vista que os lares e famílias são importantes ambientes de reforço das estruturas patriarcais. A criminologia feminista se desenvolve como complemento à criminologia crítica ao denunciar as bases epistêmicas que levaram ao seu desenvolvimento, igualmente androcêntricas e alheias às opressões de gênero. Ainda assim, ela reforça as críticas ao sistema de justiça penal que coloca a mulher como um objeto probatório no processo penal, mantendo-a alheia à resolução do conflito e trazendo-lhe pouca ou nenhuma satisfação perante os resultados judiciais (Sena, 2020, p. 228).

Legalmente é instituído aos meios de Poder público assegurar direitos fundamentais a todos, mas principalmente a parcela mais vulnerável da sociedade, mas o que vemos é uma omissão frente a casos concretos, apresentando dentro de um sistema de justiça lacunas que afetam como num todo, causando lesões as partes no processo principalmente em casos que envolvem mulheres como vítimas, onde estas são veementemente revitimizadas.

O sistema de justiça é marcado por uma proteção deficitária as mulheres, bem como um silenciamento que paira em torno do machismo e do patriarcalismo, que vem embutido junto as raízes do sistema processual, principalmente na área penal, onde vemos a pior face dos seres humanos, que é quando estão cometendo um crime, sendo assim dentro dessa área que deveria

existir uma maior cautela infelizmente é palco para as piores cenas de violência contra mulher, fazendo com que toda evolução conquistada pelo feminismo venha por água abaixo.

O feminismo busca fazer com que as mulheres saiam das opressões impostas pelo patriarcado, conquistem seu espaço e façam com o que o lamento de inúmeras mulheres seja ouvido, existe um processo árduo para que as vozes femininas sejam ouvidas, para que os argumentos apontados por mulheres sejam considerados, porém é nisso que a luta feminista se baseia em forças daquelas que tem por vezes o seu direito cerceado, vindo esta atitude principalemnt4e de quem deveria protegê-la (Diniz, Gebara, 2022).

Para Judith Butler, mulheres como sujeito do feminismo e a principal função é reconstruir a formação de identidade de gênero, esse movimento busca algo além de um lugar para mulher na estrutura legislativa existente, mas sim que ocorra questionamentos a estas estruturas, a fim que elas sejam modificadas, desconstruídas e confrontadas, para que sejam consideravelmente eficientes para o grupo o qual são criadas e destinadas, o público feminino (Butler, 2018, p.16).

Aos abordamos o feminismo em caráter mais restrito a nação brasileira nos deparamos com a criação do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM), em 1984, conforme destacou Céli Regina Jardim:

Uma das mais significativas vitórias do feminismo brasileiro foi a criação do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM), em 1984, que, tendo sua secretária com status de ministro, promoveu junto com importantes grupos – como o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), de Brasília – uma campanha nacional para a inclusão dos direitos das mulheres na nova carta constitucional. Do esforço resultou que a Constituição de 1988 é uma das que mais garante direitos para a mulher no mundo (Jardim, 2010, p. 17.)

A lei Maria da Penha foi um grande marco na luta feminista representando uma conquista para todas as mulheres, como apresentado anteriormente nessa pesquisa essa lei não é apenas um feito nobre legislativo, mas sim uma guerra travada por uma mulher contra um sistema de “injustiça”, que levou o benefício não apenas para si própria, mas para toda uma nação.

Ademais, cabe aqui pontuar que a Jornada de Mariana ferrer também foi um grande exemplo a não ser seguido dentro do âmbito processual, fazendo com que toda a sociedade refletisse quem seria a parte acusada no processo, deturpando completamente um sistema de justiça, mas influenciando para criação de uma lei que busca evitar que esse cenário se repita novamente.

É evidente a existência de ordenamento legal que garanta uma igualdade perante a lei, mas é necessário entender como ocorre na prática dentro do sistema jurídico, como as estruturas sustentam paulatinamente a dominação masculina, para entender como isso ocorre é necessário questionamentos que levem a compreensão do enraizamento da cultura patriarcal dentro do sistema de justiça.

A opressão do gênero feminino faz com que exista a disparidade em um sistema que prega

a igualdade, para que uma mudança efetiva ocorra não é necessário apenas a alteração da legislação, mas também a busca por melhoria dentro da cultura jurídica, trazer a abordagem e a perspectiva de gênero pra dentro do sistema jurídico é fundamental no processo de reconhecimento dessas irregularidades. O feminismo jurídico, busca promover uma mudança efetiva dentro desse espaço, que outrora é dominado pela desvalorização feminina, fazendo com que haja uma paridade processual realmente efetiva nas relações concretas.

CONCLUSÃO

No decorrer dessa pesquisa, foi analisado como a violência institucional pode acarretar prejuízos significativos ao longo do processo, mas não somente isso, o processo também pode ocasionar danos significativos a vida da vítima quando mal executado, fazendo com que esta seja além de uma vítima do fato acabe também se tornando uma vítima do sistema judicial.

Diante desse cenário, entende-se que mesmo apesar de um robusto e avançado arcabouço legal destinado a proteger as mulheres que inclui a Constituição Federal, tratados internacionais como a Convenção de Belém do Pará e legislações específicas contra a violência institucional, o sistema de justiça brasileiro falha em sua aplicação efetiva. A análise revela um profundo paradoxo onde as instituições que deveriam garantir segurança e igualdade, na prática, perpetuam a desigualdade de gênero e a violência. A herança de uma estrutura patriarcal e a falta de neutralidade dos atores processuais transformam o ambiente judiciário em um espaço de revitimização, onde a mulher é submetida a procedimentos que prolongam seu sofrimento e violam seus direitos fundamentais.

Portanto, a superação dessas irregularidades exige mais do que a simples existência de leis; demanda uma mudança estrutural e ética na cultura jurídica. É imperativo desconstruir as práticas que permitem a violência processual e garantem que a interpretação e a aplicação das normas ocorram com a devida perspectiva de gênero, promovendo a equidade para nivelar as desvantagens históricas. A urgência reside em transformar o ideal de justiça em uma realidade tangível, assegurando que os direitos das mulheres sejam tratados como uma obrigação inegociável do Estado, e não como uma concessão, para finalmente romper o ciclo de violência e revitimização dentro do próprio sistema que deveria combatê-lo.

O feminismo e o direito sempre estiveram entrelaçados, mesmo não havendo uma harmonia entre essas duas áreas distintas, ambos seguiam pelos mesmos ideais buscando promover a igualdade, dignidade e acesso aos direitos básicos ao público mais vulnerável, buscando dar voz e entender garantia dos direitos.

Assim, dar-se a importância de se retornar a pergunta fundamental da pesquisa - porque o

sistema de justiça que deveria combater esses tipos de violência, é o seu principal fomentador? - infelizmente a resposta é devido o enraizamento de uma cultura machista e patriarcal, que propaga a desigualdade de gênero implementando uma disparidade dentro do processo, sendo assim o feminismo jurídico é uma ferramenta indispensável no combate à violência contra a mulher dentro do sistema de justiça, ao desmascarar a falsa neutralidade de um direito historicamente androcêntrico e patriarcal, ele oferece a crítica necessária para identificar como a opressão e a revitimização são perpetuadas nos processos judiciais. Entender essa questão é também um avanço para que esse percalço seja superado, visto que analisando a raiz do problema e buscando medidas que igualem, tragam uma igualdade para dentro do processo, podemos então caminhar para um sistema de justiça mais justo e digno as mulheres.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jéssica Grisa de. **Lei Mariana Ferrer: Entre Demandas Feministas e Concretizações Legislativas**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso – Direito, Universidade Federal da Santa Catarina, Florianópolis - SC.

ANDRADE, Vitória Cavalcante. **Violência Institucional no Sistema de Justiça: um obstáculo à proteção das mulheres em situação de violência**. 2024. Trabalho de Conclusão de Curso – Direito, Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita- PB.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República,. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 jul. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 de julho de 2025.

BRASIL. **Lei n.º 7.353, de 29 de agosto de 1985**. Dispõe sobre a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 ago. 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7353.htm. Acesso em: 2 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), Brasília, DF: Presidência da República, 22 nov. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14245.htm. Acesso em: 3 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.321 de 31 de março de 2022**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2022/lei/L14321.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.321%2C%20DE%2031,o%20crime%20de%20viol%C3%Aancia%20institucional.>. Acesso em: 2 de julho de 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 147610**. Brasília, DF: Senado Federal, [s.d.]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147610>. Acesso em:

06 jul. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 3ª Vara Criminal da Capital. **Sentença no Processo nº 0004733-33.2019.8.24.0023**. Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina X. Réu: André Camargo Aranha. Data da Decisão: 09 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/palavra-mariana-ferrer-nao-basta.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2025.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018

CASO Mariana Ferrer: ataques a blogueira durante julgamento sobre estupro provocam indignação. G1 Santa Catarina. 03 nov. de 2020. 2020a. Disponível em <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/11/03/caso-mariana-ferrer-ataques-a-blogueira-durante-julgamento-sobre-estupro-provocam-indignacao.ghtml>>. Acesso em: 10 maio. 2025

CIDH – Comissão Internacional de Direitos Humanos. **Relatório Anual 2000**. (Relatório nº 54/01, Caso nº 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 04 de abril de 2001) Washington, OEA, 2001.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA **para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher** - Convenção de Belém do Pará, 1994. Disponível em <<https://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>>. Acesso em: 10 junho de 2025.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei**. 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 5 ed. amp. e atual. Salvador. Editora: Juspodivm, 2019.

DINIZ, Debora; GEBARA, Ivone; **Esperança feminista**. 2022. Rio de Janeiro. Editora: Rosa dos Tempos.

DUARTE, Evangelina Castilho In: FILHO, José Arthur de Carvalho Pereira (org.), DUARTE, Evangelina Castilho (org.), BERNARDES, Bruno Paiva (org.). **Pontes para a paz em casa: práticas e reflexões**, V. 2, Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2024.

HILDEBRAND, Cecília Rodrigues Frutuoso; VIENNA, Stephanie Dettmer Di Martin; MOURA, Kamile Santos Kemp Marcondes de. **Condenação por litigância de má-fé como forma de coibir a lawfare de gênero**. In: Coordenadores FIUZA, César Augusto de Castro; DIAS, Jean Carlos, BELLINETTI; Luiz Fernando. **Processo, jurisdição e efetividade da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2023.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. [s.d.]. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/>. Acesso em: 3 jul. 2025.

INTERCEPT BRASIL. **Defesa humilha influencer Mariana Ferrer em julgamento que terminou com tese de 'estupro culposos'**. Youtube, 20 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ikUdkWlmlnw>>. Acesso em: 05 de julho de 2025

JÚNIOR, José Borges de Moraes; SIQUEIRA, Natércia. **Identidade de gênero e exclusão inclusiva: Análise da violência institucional do Sistema de Justiça brasileiro na aplicação da**

Lei Maria da Penha. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 2023. p. 467-507.

LAGARDE, Marcela. **Gênero y feminismo: desarrollo humano y democracia.** Madrid: Horas & Horas, 1996.

LAGE, Fernanda de Carvalho; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A Mulher e o poder judiciário no Brasil. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. **Constitucionalismo Feminista.** 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MORATO, Alessandra Campos, SANTOS, Claudiene; RAMOS, Maria Eveline Cascardo; LIMA, Suzana Canez da Cruz. **Análise da relação sistema justiça criminal e violência e dos profissionais por seu acompanhamento.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009

MOREIRA, Viviane Coelho. In: BIRCHAL, Alice de Souza (org.); BERNARDES, Bruno Paiva (org.). **Pontes para a paz em casa: práticas e reflexões,** Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

NATÉRCIA, Siqueira; BORGES, De Moraes Júnior, J. **Identidade de gênero e inclusão exclusiva: análise da violência institucional do sistema de justiça brasileiro na aplicação da Lei Maria da Penha.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 127, n. 2, 29 dez. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2025-03/ONU_DireitosHumanos_DUDH_UNICRio_20250310.pdf. Acesso em: 2 jul. 2025.

PINTO, Céli Regina Jardim. **FEMINISMO, HISTÓRIA E PODER.** Revista de Sociologia e Política, [S. l.], v. 18, n. 36, 2010. DOI: 10.5380/rsp.v18i36.31624. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31624>. Acesso em: 3 jul. 2025.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. In: BIRCHAL, Alice de Souza (org.), BERNARDES, Bruno Paiva (org.), **Pontes para a paz em casa: práticas e reflexões,** Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

SENA, Aline Damasceno Pereira, In: FILHO, José Arthur de Carvalho Pereira (org.); DUARTE, Evangelina Castilho (org.); BERNARDES, Bruno Paiva (org.). **Pontes para a paz em casa: práticas e reflexões,** V. 2, Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2024.

SENADO FEDERAL. **Sancionada Lei Mariana Ferrer que protege vítimas de crimes sexuais em julgamentos.** Agência Senado Notícias, Brasília, DF, 23 nov. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/23/sancionada-lei-mariana-ferrer-que-protege-vitimas-de-crimes-sexuais-em-julgamentos>. Acesso em: 3 jul. 2025.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. **Constitucionalismo Feminista.** 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

SILVA, Salete Maria da. **Feminismo Jurídico: Um campo de Reflexão e Ação em Prol do Empoderamento Jurídico das Mulheres.** In: MELLO, Adriana Ramos de (org.). Seminário internacional sobre gênero e direito: desafios para a despatriarcalização do sistema de justiça na

América Latina, 2018, Rio de Janeiro

SOBREIRO, Vivian Cristiane Eisenberg de Almeida. **Violência Processual de gênero nas ações de família: Estudo de casos**. TJPR CEVID Revista Eletrônica (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná/ Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar)/ v. 1, n.9, Curitiba, jun. 2025. Semestral ISSN no 2965-4920.

SOIHET, Rachel. **Mulheres Pobres e Violência no Brasil Urbano**. In: PRIORE, Del Mary (org.); BASSANEZI, Carla (coord. de textos) **História das mulheres no Brasil**, 7ª ed - São Paulo: Contexto, 2004.

CAPÍTULO II

PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ABSOLVIÇÃO DO RÉU PRETERIDA EM FACE DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Aienny Cristiny da Silva GYORFI
Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI

RESUMO

A extinção da punibilidade como um instituto que elimina o direito de punir do Estado traz algumas repercussões processuais que são passíveis de violações de direitos humanos internacionalmente consagrados e protegidos. Por esse motivo, o estudo da temática se dá na perspectiva de que deve haver mudança no entendimento predominante dos órgãos julgadores, como alguns já se manifestaram em decisões colegiadas, a fim de que seja cessado a violação do Estado a preceitos fundamentais daquele que é submetido a um processo penal. O ponto de partida para a aplicação da extinção da punibilidade deve ser o indivíduo submetido ao processo, como pessoa humana que tem direito de contrair para si decisão judicial que for mais favorável e não questões processuais como economia e sobrecarga de trabalho para alegar que não há interesse em recorrer. Diante disso, o trabalho se pautou em levantamentos bibliográficos e análise de jurisprudências para traçar um norte por qual caminho de entendimento deve ser adotado pelas instâncias superiores para que se venha reforma legislativa a fim de cessar essas violações, as quais não devem ser admitidas em um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Extinção da punibilidade; absolvição; interesse.

ABSTRACT

The abolition of punishability as an institution that eliminates the State's right to punish has some procedural repercussions that are liable to violate internationally enshrined and protected human rights. For this reason, the study of the subject is conducted from the perspective that there must be a change in the prevailing understanding of the adjudicating bodies, as some have already expressed in collegiate decisions, so that the State's violation of fundamental precepts of those subjected to criminal proceedings may cease. The starting point for the application of the abolition of punishability must be the individual subjected to the proceedings, as a human being who has the right to obtain the most favorable judicial decision for himself, and not procedural issues such as economy and work overload to claim that there is no interest in appealing. In view of this, the work was based on bibliographical surveys and analysis of case law to outline a path of understanding that should be adopted by the higher courts so that legislative reform can be brought about in order to end these violations, which should not be tolerated in a Democratic State of Law.

KEYWORDS: Extinction of punishment; absolution; interest.

INTRODUÇÃO

A extinção da punibilidade é um instituto jurídico penal que recai sobre o *jus puniendi* do Estado, dessa forma, pode se dar tanto na pretensão punitiva como também na executória. Assim, retira-se do poder estatal a possibilidade de fazer o agente cumprir futura ou já determinada sentença penal condenatória. Isto por opção de política criminal em que o legislador criou obstáculos para limitar o direito de punir do Estado¹ mediante contingências ou por critérios de

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 24. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2024,

oportunidade e conveniência que cessa a punibilidade do fato dada as hipóteses descritas no artigo 107 e outras esparsas no Código Penal, legislação especial e jurisprudência².

Por ser uma modificação fática por oportunidade política, o crime permanece, é existente, pois uma causa posterior não pode apagar o que já se realizou no tempo e no espaço³, somente não há mais a possibilidade de o Estado punir a prática delituosa. Então, se a extinção da punibilidade incidir antes do trânsito em julgado não persiste qualquer efeito penal e extrapenal do processo ou da sentença condenatória. Por outro lado, se ocorrer depois, eliminará apenas o efeito principal da condenação⁴, qual seja a pena que é consequência do delito – com exceção da anistia e da *abolitio criminis* que atinge todos os efeitos da condenação penal⁵.

Posto isto, entende-se que a extinção da punibilidade é matéria de ordem pública, logo, pode ser arguida em qualquer momento processual, assim feito, tem-se a extinção do processo. É também considerada uma hipótese de absolvição sumária de acordo com o art. 397, IV, do Código de Processo Penal.

Nesse ponto, a doutrina tece críticas ao equívoco do legislador em considerar a extinção da punibilidade como uma das ocorrências ensejadora de absolvição sumária, uma vez que extinguir a punibilidade do fato é uma decisão meramente declaratória de que o Estado não pode mais exercer o poder de punir naquele caso⁶. Não há a análise do mérito da questão para ver se houve ou não a ocorrência do crime, muito menos se é culpado ou inocente⁷. Dessa maneira, se torna uma possibilidade desnecessária, já que a extinção da punibilidade pode ser decretada a qualquer momento e ainda, de ofício pelo magistrado.

Diante dessas considerações iniciais já se alça um plano de controvérsia entre a extinção da punibilidade e outros instrumentos jurídicos aplicados no processo penal, tal como a absolvição e também na possibilidade de recorrer da decisão que será o foco principal deste artigo.

Portanto, para se analisar tal imbróglio jurídico o presente trabalho se pautará especificamente na análise da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva retroativa e pela morte do agente, as quais se chocam com o direito de recorrer do acusado/interessado.

p. 553.

2 *Ibidem*, 2024, p. 553.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – volume 1 – parte geral. 31. ed. – São Paulo: Saraiva Jur, 2025, p. 962.

4 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal* - volume 1 - parte geral: Arts. 1º a 120 - 29. ed. - São Paulo: Saraiva Jur, 2025, p. 520.

5 ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 185.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 627.

7 DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 8a Edição. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 1425.

A questão tem por fundamento a necessidade de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Isso ocorre pelo fato de que uma pessoa que foi acusada injustamente tem direito à reparação do dano moral sofrido, além da possibilidade de requerer providências contra o falso acusador por eventual denúncia caluniosa.

A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva retroativa ou superveniente ou pela morte do agente inviabilizam o exercício dos direitos fundamentais de proteção da dignidade da pessoa humana, de proteção ao princípio da presunção de inocência e de acesso à justiça, quando presente a possibilidade de o cidadão obter uma sentença absolutória em procedimento criminal que foi injustamente acusado. Assim, toda essa pesquisa se dará pelo método científico de levantamento bibliográfico e pela verificação de posicionamentos jurisprudenciais.

1. INCONGRUÊNCIAS ENTRE INSTITUTOS PROCESSUAIS PENAIIS

Dentre as hipóteses de extinção da punibilidade descritas no artigo 107 do Código Penal, tem-se a prescrição e a morte do agente, as quais serão objeto desse artigo pois confrontam com o direito fundamental do acusado de poder recorrer de decisão prolatada por autoridade judiciária competente.

A prescrição diz respeito a perda do direito de punir do Estado por ter sido inerte e deixar passar lapso temporal determinado em lei para exercer o *jus puniendi*⁸, assim, para que não haja possibilidade de punir *ad aeternum* o legislador estabeleceu prazos para que o Estado cumpra com sua função de exercer persecução criminal a quem deu causa e aplicar sanção aquele que faz jus diante sentença penal condenatória.

Dessa forma, pode ocorrer a prescrição da pretensão punitiva quando há o interesse em aplicar uma sanção penal ao responsável por um crime ou por uma contravenção penal⁹, a qual ocorre quando o prazo prescricional se consumou antes da sentença condenatória, com trânsito em julgado para as partes¹⁰, ou a prescrição da pretensão executória em que há o interesse em exigir que seja cumprida uma sanção penal já imposta¹¹ quando o prazo prescricional ocorreu depois do trânsito em julgado para as partes, embora o seu início se dê a partir da data do trânsito em julgado para a acusação¹².

8 MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 18. ed., rev., atual. e ampl. - [2. Reimp.] - Rio de Janeiro: Método, 2024, p. 832.

9 *Ibidem*, 2024, p. 832.

10 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 24. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 567.

11 MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 18. ed., rev., atual. e ampl. - [2. Reimp.] - Rio de Janeiro: Método, 2024, p.832.

12 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 24. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 567.

Em relação a prescrição da pretensão punitiva, esta pode ocorrer em algumas modalidades que são aceitas pelo nosso Código Penal, quais sejam: a propriamente dita em que não há trânsito em julgado para acusação nem para defesa; a superveniente, que ocorre entre a sentença condenatória e o trânsito em julgado desta e a retroativa que ocorre entre a data do recebimento da denúncia e a sentença condenatória. Dessa maneira, não é incomum que haja o reconhecimento da extinção de punibilidade por prescrição retroativa após prolatada sentença penal condenatória.

Nesses casos, a jurisprudência firma entendimento de que não surte nenhum efeito penal ou extrapenal da condenação, portanto, não há interesse em recorrer, uma vez que a decisão que extingue a punibilidade é benéfica ao acusado e não emanam efeitos negativos¹³.

Em primeiro plano, tal posicionamento apresenta-se favorável ao acusado, entretanto, ao sair da análise abstrata e adentrar minuciosamente nos efeitos da condenação penal, dado que estes podem ser penais e extrapenais, verifica-se que podem afetar diversas áreas da vida do ser humano, sobretudo de forma subjetiva, haja vista que ainda restará dúvidas em relação ao ato delitivo que não serão revertidas com uma mera decisão que extingue a punibilidade do agente, posto que não há o exame do mérito para dizer se é inocente ou não.

Assim, o estigma de responder por um processo penal e supostamente ser considerado o autor, coautor ou partícipe de um delito se arrasta por toda vida de quem foi acusado, cenário este que poderia ser diferente se prolatada sentença penal absolutória.

Dessa forma, o sistema jurídico penal não aparenta ser harmônico e equilibrado neste ponto, isto porque “equipara” em dado momento processual, qual seja após a resposta a acusação – instante em que o juiz pode reconhecer absolvição sumária e dentre as hipóteses pela extinção da punibilidade – a decisão que exclui a punibilidade do fato com a decisão que absolveu, as quais não se equivalem como acertadamente exposto pela doutrina¹⁴.

Ultrapassado este ato processual, com o prosseguimento do feito, se há a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa após sentença penal condenatória, o ordenamento jurídico não possibilita ao acusado que tem como objetivo a absolvição se valer do direito de recorrer por compreenderem que não há interesse recursal, dado que não haverá prejuízo para a parte.

13 “Outrossim, conforme assentado na decisão agravada, a Corte Especial deste Sodalício, há muito, por ocasião do julgamento da APn n. 688/RO, consignou que a extinção da punibilidade do agente, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, anula os efeitos penais e extrapenais da condenação, seja na modalidade intercorrente, seja na modalidade retroativa, afastando o interesse recursal que objetive a absolvição”. (Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1141996 – DF. Ministro Relator Antônio Saldanha Palheiro. Sexta Turma. Julgado: 20/06/2023).

14 Não se pode pensar em qualquer eficácia preclusiva ou quaisquer outros efeitos da coisa julgada na decisão criminal de absolvição sumária, tal como previsto no artigo 397, IV, do CPP, relativamente à extinção da punibilidade do fato. Aqui não há rigorosamente, absolvição, mas apenas o reconhecimento da perda de interesse na intervenção penal, surgida a partir de critérios de exclusiva política criminal (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014).

Por justificativas de economia processual pela sobrecarga de serviço as autoridades competentes se limitam na análise do mérito da causa com a advento da extinção da punibilidade e extirpam o direito ao duplo grau de jurisdição em busca da absolvição. Assim, não é condizente um ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito o qual possui como disposição em sua norma constitucional direitos e garantias fundamentais – tais como: presunção de inocência, duplo grau de jurisdição e acesso à justiça – em um momento processual prever a extinção da punibilidade como forma de absolvição sumária e em outro não permitir que o acusado busque absolvição porque houve decisão que extirpou a punibilidade do fato delitivo.

Por isso, já houve teses de defesas nos tribunais¹⁵ com linha argumentativa de que é necessário garantir ao réu a opção de ter o mérito penal enfrentado nessas situações, posto que é mais interessante para o acusado que haja o enfrentamento do mérito do que se tenha reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição, na medida em que um decreto absolutório criminal pode ser capaz de gerar a ausência de responsabilidade civil¹⁶. Além de ter relevante impacto em questões relacionadas à ressocialização e reintegração do réu na sociedade.

Essa problemática se dá também quando a causa que extinguiu a punibilidade do agente foi pela sua morte em que a importância fática da imputação criminal desaparece, abandonando vestígios para sua família¹⁷. Com isso, entra-se em discussão se é adequado e justo extinguir o processo precocemente quando o acusado buscava por sua absolvição e advém sua morte, posto que

15 Um dos ministros do Superior Tribunal de Justiça que apresenta entendimento diferente do predominante é o Rogério Schietti Cruz que já proferiu alguns votos contrários, entendendo que: “É de sublinhar-se que, naquelas situações nas quais se vislumbra a possibilidade de influência direta e decisiva da sentença absolutória na esfera cível (exemplo da absolvição com base no inc. I do art. 386, por força do art. 66, ambos do CPP), há nítido interesse recursal, mas, nas demais situações previstas naquele dispositivo, será maior o esforço do apelante para demonstrar seu interesse de recorrer” (Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1.193.179/SP. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. DJe: 04/02/2019, p.5). Em outro caso, argumentou também que “Considero que há um potencial prejuízo ao acusado que tem o seu pretendido direito a ser absolvido afastado pelo reconhecimento de uma questão preliminar, de ordem pública, a qual, por força do que dispõe o art. 61 do CPP, leva o tribunal a extinguir o processo sem o julgamento do mérito da pretensão (no sentido do efetivo exame da questão de fundo que subjaz à pretensão punitiva estatal). Reputo ser esta a opção mais consentânea com a dignidade da pessoa humana – um dos pilares da nossa Constituição (art. 1º, inc. III da CF) – que, indubitavelmente, é afetada pela simples instauração de uma ação penal, com todos os seus efeitos degradantes. Se o Estado acusa o indivíduo da prática de um crime e retarda a prestação jurisdicional, por sua própria ineficácia ou incapacidade, a ponto de ensejar a perda do poder punitivo, não se poderá subtrair do cidadão atingido pela infâmia de uma acusação pública o direito de restaurar sua dignidade e sua cidadania, postulando que o Estado, já tendo reunido, ou podendo reunir, provas da inocência do imputado, cumpra a sua função jurisdicional, absolvendo-o, se for o caso, ou mantendo a declaração da perda do *ius puniendi*, se já não pode mais exercê-lo efetivamente”. (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.770.444/DF. Ministro Relator Antonio Saldanha Palheiro. Voto Divergente do Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJe: 03/12/2018, p. 18).

16 BASTOS, Bruna Araujo Coe. *A relevância do mérito penal e seus reflexos na esfera civil e administrativa*. Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . – v, p. 4. Disponível em: https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2021/tomos/tomoI/revista_v13_n12021_tomoI_A-J.pdf. Acesso em: 17 fev. 2025.

17 ALVIM, José Eduardo Carreira; LEITE, Gisele. *A extinção da punibilidade pela morte do agente: verdadeiro “enigma da esfinge”*, que ainda desafia os juízos e tribunais. Carreira Alvim: produções jurídicas, p. 4. Disponível em: <https://carreiraalvim.com.br/extincao-da-punibilidade-pela-morte-do-agente-verdadeiro-enigma-da-esfinge-que-ainda-desafia-os-juizos-e-tribunais/>. Acesso em: 10 fev. 2025.

é atribuída a família legitimidade processual na defesa da situação jurídica de dever do morto, isto é, exercer a tutela jurídica dos direitos da personalidade da pessoa que morreu, em razão do juízo normativo de reprovabilidade objetiva¹⁸. Assim, a família pode querer por algum motivo que ultrapassa a ordem jurídica ver decretada a absolvição do falecido, a qual respalda em sua honra e imagem.

Entretanto, prevalece o entendimento de que não há interesse recursal, haja vista que o acusado morreu, portanto, não sofrerá nenhum prejuízo penal e extrapenal dado que já não mais existe pessoa para fazer valer eventual sentença penal condenatória.

Todavia, não prospera em absoluto o argumento de que há a falta de interesse recursal, posto que se em um caso concreto o indivíduo é denunciado por homicídio, mas este agiu em legítima defesa real, é de seu direito fazer prova disto para que contraia para si sentença penal absolutória, porém, concluso os autos para a sentença e antes dessa sair, o acusado morre de infarto. Diante da situação, a família não se conforma somente com a extinção da punibilidade do fato, já que havia provas concretas da inocência do acusado.

Novamente, se a morte advém até o momento processual em que é oferecida resposta à acusação, o processo pode ser extinto sumariamente com a extinção da punibilidade como hipótese de absolvição. Porém, se a morte advém depois, como no exemplo citado acima, não há interesse em continuar atrás da absolvição, por entendimento predominante dos tribunais da falta de interesse recursal em virtude da aplicação da “lei do menor esforço” interpretativo¹⁹.

Nesse contexto, por questões de garantia de direitos fundamentais deveria surgir para a família, abarcada por provas que demonstram a absolvição, legitimidade processual para assumir a posição de “condutor da defesa”²⁰ com amparo do advogado em busca da inocência do morto, haja vista que a depender da decisão que for decretada no processo – absolutória ou extinção da punibilidade – terá efeitos diferentes no âmbito cível, no qual a família é a legitimada para responder processualmente.

A desarmonia do sistema é clara quando prevê no artigo 621 do Código de Processo Penal que se haver condenação do acusado e depois sua morte, com o surgimento de novas provas da inocência do falecido ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena há legitimidade do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão – família – de propor ação revisional sobre a sentença penal condenatória. Mas, por outro lado, se a morte advém antes de ser condenado

18 *Ibidem*, p. 11.

19 *Ibidem*, p. 21.

20 ALVIM, José Eduardo Carreira; LEITE, Gisele. *A extinção da punibilidade pela morte do agente: verdadeiro “enigma da esfinge”*, que ainda desafia os juízos e tribunais. Carreira Alvim: produções jurídicas, p. 18. Disponível em: <https://carreiraalvim.com.br/extincao-da-punibilidade-pela-morte-do-agente-verdadeiro-enigma-da-esfinge-que-ainda-desafia-os-juizos-e-tribunais/>. Acesso em: 10 fev. 2025.

por sentença, não há como ir em busca da decretação da inocência, mesmo que haja provas desta. Assim, por questões de coerência sistêmica não faz sentido a ausência de igualdade entre esses institutos nos diversos momentos processuais que compõem o processo penal.

A presunção de inocência, como princípio basilar dessa ciência jurídica deve ser prevista em todo procedimento, ainda mais quando surge causa extintiva de punibilidade antes do trânsito em julgado da sentença, pois de acordo com esse direito fundamental ninguém será considerado culpado até que proceda decisão condenatória transitada em julgado.

Posto isto, não nos parece haver razão legítima que impeça o indivíduo que foi condenado de ver revista decisão só pelo fato de ter havido extinção da punibilidade quando ocorre prescrição da pretensão punitiva retroativa após sentença penal condenatória ou até mesmo não haver a possibilidade de seguir em busca da absolvição após a morte do acusado, já que tal circunstância retira do cidadão que foi acusado indevidamente o direito de obter uma sentença absolutória a seu favor.

Essa questão possui reflexo diante do previsto no artigo 91, I, do Código Penal, que dispõe sobre um dos efeitos da sentença penal condenatória transitada em julgado, mais especificamente a obrigação de reparar o dano decorrente da prática da infração penal.

Tal dispositivo, em consonância com o artigo 935, *caput*, do Código Civil, prevê que as esferas penal e civil são independentes, entretanto, o que ficar decidido na esfera penal sobre a autoria e a materialidade faz coisa julgada na esfera cível. Assim, uma sentença penal condenatória transitada em julgado pode acarretar o efeito automático de obrigar o autor da infração penal a reparar o dano causado à vítima, sendo que, da mesma forma, uma sentença absolutória, dependendo do fundamento previsto no art. 386, incisos I ao VI, do Código de Processo Penal, pode impedir a propositura de uma eventual ação civil contra a pessoa falsamente acusada, desde que fique provado categoricamente a negativa de autoria ou inexistência do fato de forma.

Esses dois aspectos, ou seja, a possibilidade da pessoa acusada injustamente obter uma sentença absolutória e processar quem a acusou fraudulentamente por eventual denúncia caluniosa, além de impedir a propositura de eventual ação civil, pode ainda obter uma reparação por dano moral, sendo esses argumentos suficientes de que a prescrição retroativa ou superveniente e a morte do agente, apesar de serem causas de extinção da punibilidade, não deveriam impedir que a pessoa acusada injustamente obtivesse uma sentença absolutória com trânsito em julgado a seu favor.

Podemos citar, por analogia, o que está previsto nos crimes contra a honra com relação ao perdão do ofendido, que é uma causa de extinção da punibilidade específica para esses crimes.

O perdão do ofendido é uma causa de extinção da punibilidade que somente opera seus

efeitos no caso de haver aceitação do ofensor. Isso se deve pelo fato de que o ofensor pode ter sido acusado injustamente de um crime contra honra e pretender provar sua inocência na sentença, justamente para obter os dois efeitos acima citados, ou seja, processar o seu acusador por eventual denúncia caluniosa e bem como impedir eventual ação civil (desde que consiga provar cabalmente a negativa de autoria ou a inexistência do fato), além de permitir que a pessoa acusada falsamente venha obter eventual reparação por danos morais sofrido em virtude da acusação indevida da prática de crime contra a honra.

Esses efeitos podem ser alcançados se a pessoa acusada falsamente de um crime contra a honra obtiver uma sentença penal absolutória com trânsito em julgado que comprove a negativa de autoria e/ou a inexistência do fato, ou mesmo uma excludente de ilicitude, em determinados casos, garantindo o efetivo acesso à justiça, além de garantir a observância do princípio da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Essa possibilidade se traduz em verdadeira garantia constitucional de que uma pessoa que foi acusada injustamente tenha a possibilidade de provar sua inocência em casos de comprovada inexistência da prática delitiva imputada ou da negativa de autoria devidamente comprovada, ou mesmo diante de uma causa excludente de ilicitude, permitindo que os princípios supramencionados sejam observados e garantida sua aplicação efetiva no Estado Democrático de Direito, permitindo uma proteção efetiva da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais mencionados, os quais estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal e nos textos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Na Constituição Federal podemos encontrar a previsão desses princípios no artigo 1º, I que prevê a proteção a dignidade da pessoa humana, bem como no artigo 5º, XXXV e LVII, a garantia do acesso à justiça e a proteção ao princípio da presunção de inocência.

Tais direitos também tem sua previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 1º a proteção da dignidade da pessoa humana; no artigo 8º, que prevê o acesso à justiça e no artigo 11, que prevê a presunção da inocência.

Ainda, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos também tem previsão para tais direitos, sendo previsto no artigo 8º, item 2, o princípio da presunção de inocência e no artigo 11 da CADH está prevista a proteção da dignidade da pessoa humana, os quais devem ser observados em qualquer Estado Democrático de Direito.

2. (IN) EXISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL QUANDO DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Dado que a jurisprudência utiliza como argumento a falta de interesse recursal nos casos

em que há a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa após sentença penal condenatória e pela morte do agente antes de ser condenado para inadmitir os recursos interpostos contra essas decisões, cabe a análise desse instituto jurídico a fim de se avaliar se é real sua ausência. Se assim não for, é passível de se gerar violação a direitos fundamentais, haja vista que o bem jurídico de grande valia para o ser humano – liberdade – e a busca em não ter restrições a este por meio da absolvição é negada em face de um fato ocorrido que cessou o direito de punir do Estado.

Diante disso, compreende-se o recurso como uma ferramenta jurídica de impugnação contra decisão proferida com o objetivo de reformá-la/modificá-la, anulá-la ou esclarecê-la, o qual é submetido a condições legais para que seja admitido e analisado por instância superior. Dividida estas em objetivas e subjetivas.

As primeiras compreendem-se no cabimento, adequação, tempestividade e inexistência de fatos impeditivos ou extintivos, os quais são determinados pela lei. Para ser objetivo ao ponto central da pesquisa não se adentrou minuciosamente em cada requisito, apenas no que se refere ao argumento principal dos tribunais para negar a possibilidade de análise do mérito quando proveniente a extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado.

Desse modo, as condições subjetivas se referem à legitimidade e ao interesse recursal. Por legitimidade se entende que o recurso deve ser oferecido por aquele que é parte na relação processual com capacidade de fazê-lo ou quando a lei expressamente autorizar, por terceiros²¹. Já o interesse deve ser entendido como um gravame, ou seja, uma diferença desfavorável e injustificada, na visão do recorrente, entre sua pretensão ou resistência e o que foi concebido ou reconhecido na sentença²².

Assim, o recurso pode ser interpretado pelo binômio utilidade-necessidade, em que o primeiro diz respeito que impugnar a decisão é a forma mais prática de se ter uma situação jurídica melhor do que a obtida na sentença. Já a necessidade, determina que se não houver a atuação do Estado-juiz novamente, não haverá melhora na situação do recorrente²³.

A doutrina por entender que a adequação, a qual já foi muito usada pelo direito brasileiro como parâmetro no interesse de agir, é mais relacionada com o cabimento do recurso, ou seja, que o meio de impugnação utilizado deve ser apto a assegurar o benefício visado pelo recorrente, afasta sua incidência para fins de interesse, levando-se em conta somente a utilidade e a necessidade.

Ainda, para fins do direito processual penal brasileiro, o interesse recursal é atrelado a sucumbência, a qual de forma simples, diz respeito a situação que decorre do não atendimento de

21 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 880.

22 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1195.

23 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 941-942.

uma expectativa juridicamente possível, o que caracteriza o interesse de recorrer²⁴, esta portanto, não se limita somente ao prejuízo material, afirma Greco Filho que se “a decisão não atendeu à expectativa juridicamente possível, haverá sucumbência e, conseqüentemente, viabilidade de recorrer²⁵”. Nesse sentido, entende Pacelli que “sucumbente é aquele cuja expectativa juridicamente relevante não tenha sido atendida na decisão judicial²⁶”.

Assim, pode-se afirmar que a doutrina estabelece entendimento de que o interesse em recorrer deve estar atrelado a algum resultado prático, logo, se não trazer efeitos materiais a aquele que quer recorrer, mais especificamente conseqüências penais, não há o porquê de impugnar a decisão. Todavia, ao fundamentar o interesse em bases constitucionais é incontroverso apontar que quem persegue a absolvição e contrai para si uma decisão diferente, como por exemplo, a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa após sentença condenatória ou pela morte do agente antes da condenação, sofre perda, ainda que não seja material e se sujeita a efeitos extrapenais, pois a decisão vai contra seus interesses, colocando-o em situação de sucumbente. Assim, negar esse direito ao acusado/interessado é uma forma de se manter a condenação²⁷ ou de se fazer presente mesmo que não haja sentença penal condenatória.

Diante disso, é certo que tais requisitos são impostos como forma de limitar o agir do Estado a fim de se evitar abuso de direito das partes, sobrecarga de trabalho e proporcionar maior economia de tempo e dinheiro²⁸. Por esses motivos compreende-se que o interesse em recorrer tem que ser direto, isto é, que a possibilidade de que a decisão cuja reforma se objetiva produza lesão de um direito subjetivo ou de outro interesse jurídico (não simplesmente moral ou doutrinário)²⁹.

Entretanto, nesse ponto é necessário ter extremo cuidado para que direitos fundamentais que revestem o interesse da parte não sejam preteridos em face de argumentos como de economia processual e sobrecarga de trabalho. Alerta o doutrinador Maier que “as limitações (de economia e sobrecarga de trabalho) ao impedir que o condenado recorra da sentença condenatória podem se mostrar contrárias às garantias previstas em convenções internacionais e, também, na própria Constituição da República³⁰” o que se mostra presente nas análises feita neste trabalho.

Em que pese o entendimento firmado seja de que a decisão de extinção da punibilidade

24 GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 394.

25 *Ibidem*, 2015, p. 394.

26 PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 959.

27 CÂMARA, Luiz Antonio; JUSTUS, Guilherme Ramos. *Notas sobre a prescrição, a inocência, e o interesse de recorrer*. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR - Ano 3 - Número 2 - Agosto de 2018, p. 18. Disponível em: <https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/09/revista-esa-7.pdf>. Acesso: 27 jan. 2025.

28 MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 728.

29 MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayera Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1954, vol. V, p. 27.

30 MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 728.

antes do trânsito em julgado não traga mais efeitos penais do ponto de vista processual penal é de se lembrar que o fato delitivo emana consequências além do âmbito penal e que para sua incidência leva-se em conta o fundamento da decisão proferida em instância criminal, portanto, se houver provas que possam reverter ou melhorar a decisão que vai ter interferência direta na responsabilidade em outras instâncias, é direito do acusado/interessado persegui-la. Logo, se no âmbito criminal teve o fim do processo pela extinção da punibilidade, o interesse recursal em sua etiologia e teleologia têm razões logicamente extrapenais³¹.

Assim, conquanto haja independência entre a esfera civil e penal, vez ou outra é possível encontrar um ponto de intersecção entre elas³². Além de efeitos civis, a depender do caso concreto, é possível ainda que haja consequências administrativas e, sem objeções, aquelas que atingem a ordem moral e social. Por isso, o reflexo social da decisão é diverso, o que torna justificável a pretensão daquele que deseja alterar seu fundamento³³ como acertadamente expõe Adalberto Aranha em relação à prescrição:

Ora, se alguém foi condenado em primeiro grau e merece ser absolvido porque inocente, é óbvio que, por imperativo do *status dignitatis* atingido deve ser declarado inocente por decisão, para se evitar que no futuro receba malévolas interpretações como a de que escapou pela porta estreita da prescrição quando poderia sair pela via larga da absolvição. Os efeitos secundários e os extrapenais, como exame de antecedentes em eventual e futuro processo, o exame da personalidade, a indenização civil, etc., também exigem o exame do mérito, pois podem atuar contra um inocente condenado em primeiro grau e que acabou não sendo absolvido porque desfeita a relação jurídica pela prescrição. Portanto, a dignidade atingida pela condenação injusta e os efeitos secundários e extrapenais da condenação, ao nosso ver, exigem o exame do merecimento do apelo se absolutória a solução, com a declaração de inocência, embora atingida a ação pela prescrição³⁴.

Embora haja doutrinadores³⁵ que sustentem que a decisão proferida em instância criminal deve ser vista somente dentro da sua própria ótica com a abstração de qualquer outra ordem de consideração, ainda que juridicamente relevante, como por exemplo, a responsabilidade civil, há corrente divergente no sentido de que no processo penal é direito do réu que for processado criminalmente ter resposta estatal não apenas pelo prisma persecutório, mas também em face de todas as consequências que possam advir do processo penal, sejam elas diretas ou indiretas³⁶,

31 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 400.

32 CORRÊA, Patrícia Matos. *Interesse Recursal no Processo Penal: possibilidade de análise do mérito da apelação defensiva com pretensão absolutória quando declarada extinta a punibilidade pela prescrição retroativa*. Monografia. Bacharel em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014, p. 23.

33 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 904.

34 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130.

35 A título de exemplo tem-se o doutrinador Greco Filho e o Eugênio Pacelli.

36 SILVA, Rudson Coutinho da; FISCHER, Douglas. *Interesse recursal do réu em caso de absolvição ou quando extinta sua punibilidade*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009.

posição esta a qual nos filiamos até pela própria sistemática principiológica que rege o processo penal e nosso ordenamento jurídico por completo.

Posto isto, não é de se dizer que a jurisprudência é unânime ao entendimento consolidado de que advinda prescrição retroativa se obsta a análise do mérito pelo magistrado posto que se rompe o vínculo processual e, portanto, deixa de existir por parte do acusado um legítimo interesse quanto ao exame do merecimento da condenação³⁷, uma vez que em decisões colegiadas já houve votos divergentes³⁸ nessa pauta, com o argumento de que seria possível primeiro verificar a possibilidade de absolvição e, só então, caso não provida, proceder-se-á confirmação da extinção da punibilidade pela prescrição. Portanto, se o acusado reúne provas que comprovam, primeiramente, sua inocência é dever de exame pela segunda instância. Caso contrário, tem-se a violação ao duplo grau de jurisdição e a negação ao acesso à justiça com todo o prejuízo arcado pelo réu.

Conforme dispõe a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil é país signatário, a garantia de acesso à Justiça não pode ser suprimida ou dificultada pelos Estados Partes. Dispõe ainda, que é indiscutível que existe a indissociabilidade entre o devido processo legal e o direito de acesso à justiça em que esta é, inclusive, parte integrante dessa garantia³⁹.

37 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Dos recursos no processo penal. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

38 Como, por exemplo, o voto do Ministro Humberto Martins: “(...) tenho que o interesse recursal no processo penal não pode se limitar à verificação da improcedência da pretensão condenatória. Tendo em vista que uma condenação criminal injusta ou ilegal inegavelmente afeta gravemente a dignidade da pessoa humana independentemente da eventual aplicação da pena, deve ser reconhecido o legítimo interesse do réu condenado em primeira instância em recorrer, ainda que a sentença tenha sido rescindida pela prescrição retroativa”. (Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 688 – RO. Ministro Relator Massami Martins. Voto-Revisão do Ministro Humberto Martins. DJe 04/04/2013, p. 21). Houve entendimento no mesmo sentido do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho em outro caso: “Penso, com a devida vênia dos que entendem em contrário, que a extinção da execução da pena não deva impedir o exame de mérito em que se alega, por exemplo, a inocência. Se alguém é condenado, sendo inocente, e ocorre a prescrição, pairará vitaliciamente sobre aquela pessoa a mácula da condenação, mesmo sem execução? Ou teria ele, à luz das garantias subjetivas da personalidade, da intimidade, da boa fama, da reputação etc, o direito de ser absolvido? Penso que a questão, para mim, pode ser equacionada nesses termos. Penso que a pessoa tem o direito de ser absolvida mesmo que tenha cessado, por qualquer razão, a possível execução de uma sentença condenatória contra si” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 908.863 – SP. Ministro Relator Og Fernandes. Voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 25/04/2011, p. 19). Nesse mesmo processo a Ministra Maria Thereza de Assis Moura também ponderou que: “A presunção de inocência, como pedra angular da dignidade da pessoa humana, restaria, acredito, deveras comprometida, acaso se obstaculizasse a apreciação de recurso defensivo, com o advento da causa extintiva da punibilidade. Ora, tendo sido o réu submetido a todas as agruras de um processo penal que, ao fim e ao cabo, restou inócuo, penso, o mínimo que se poderia garantir a ele seria a apreciação do teor de sua insurgência, antes do arquivamento do feito, pela prescrição” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 908.863 – SP. Ministro Relator Og Fernandes. Voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura DJe 25/04/2011, p. 12). A questão também já foi para debate no Supremo Tribunal Federal em que o Ministro Luiz Fux votou no sentido de que: “Ora, num país em que a Constituição Federal da República tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, a tutela da honra e da imagem das pessoas, é muito mais significativo, muito mais expressivo que se profira uma sentença absolutória e, com isso, data máxima vênia, não precisar ir se impondo ao Juiz que, nos casos de absolvição, ele tenha essa obrigação. Evidentemente que, no caso da acusação procedente, tem que declarar a extinção da punibilidade. Agora, podendo absolver ao invés de decretar a prescrição, data máxima vênia, é a solução que mais se adéqua à principiologia da Constituição Federal, máxime nesse fundamento da tutela da dignidade da pessoa humana” (Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 465/DF. Ministra Relatora Carmen Lúcia. DJe 30/10/2014, p. 155).

39 “151. La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben

Por isso, em um Estado Democrático de Direito deve-se ter como premissa principal mecanismos eficientes que possam oferecer respostas às violações de direitos sempre que esse seja o desejo da vítima⁴⁰ o que se mostra divergente quando o próprio ordenamento jurídico cria obstáculos na busca em se declarar direitos inerentes ao ser humano, como o de ser inocente.

Desse modo, o Estado se apresenta como um empecilho e dificulta a garantia de preceitos mínimos, portanto, ao ser incoerente e violador de direitos humanos é de seu dever, no âmbito do seu ordenamento jurídico interno, no exercício de sua soberania, disciplinar os mecanismos e as condições para seu exercício sem que exista limitações na busca por direitos por parte dos cidadãos.

Com base nisso que se propõe mudança, a qual, primeiramente, pode ser estabelecida pela jurisprudência, a fim de se modificar o entendimento predominante, para que futuramente seja feita plena mudança nas disposições legais a fim de ser previsto a possibilidade de julgamento do mérito pelo tribunal e, quando negado provimento, avaliar a questão da extinção da punibilidade. Pois assim, o réu exerce seu direito à ampla defesa na maior extensão possível, que é a obtenção de um julgamento de mérito propriamente dito sem violação da sua dignidade humana e demais direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, é explanado debate em relação a decisão que extingue a punibilidade, em especial pela prescrição retroativa e pela morte do acusado, como impedimento de se exercer o direito fundamental de recorrer por suposta falta de interesse recursal. Quando se trata de prescrição, é certo que o processo se encerra por falha do Estado em exercer seu dever de jurisdição e assim deve ser suportado pelo acusado mesmo que queira e tenha condições para isto (provas concretas) de provar sua inocência. Com isso, o ordenamento jurídico é desequilibrado, injusto e violador de direitos humanos por atribuir uma carga de efeitos extrapenais ao acusado por motivo que não partiu deste. Retira do réu o direito ao duplo grau de jurisdição, acesso à justiça e ainda, viola sua presunção de inocência e dignidade humana.

Da mesma forma atua quando nega a família do morto – acusado em processo penal – de seguir processualmente em busca da absolvição deste, posto que da decisão que encerrar o processo

observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. (Caso Ruano Torres y Otros Vs. El Salvador).

40 “184. Bajo esta perspectiva, se ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo 25.1 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida ante la autoridad competente. Esta Corte ha manifestado reiteradamente que la existencia de estas garantías “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención” (Caso Palamra Iribarne versus Chile).

é passível de repercussão em outras instâncias que pode resultar na responsabilização do falecido, a qual recairá para os sucessores no limite do espólio.

Observa-se, então, que o ordenamento jurídico não equaliza corretamente os princípios envolvidos nesta situação, por questões de oportunidade e conveniência dão maior prevalência a princípio estrutural ligado ao processo – economia processual – do que princípios provenientes de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, o que impõe uma urgente mudança de entendimento sobre o tema.

Não há a análise a finco dos efeitos extrapenais que o processo penal causa àqueles que a este são submetidos e cria-se uma barreira na busca de decisão mais favorável ao acusado com escopo na falta de interesse recursal. Todavia, ao longo do artigo foi exposto que não há ausência deste, por esse motivo, defende-se que deve ser possibilitado ao acusado a análise do mérito da questão antes de se decretar a extinção da punibilidade, especialmente nas hipóteses decorridas no trabalho, para que possa no exercício máximo de seus direitos buscar decisão que lhe seja mais favorável, conforme deve ser oportunizado em um Estado Democrático de Direito por meio de sua Carga Magna e Tratados Internacionais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira; LEITE, Gisele. *A extinção da punibilidade pela morte do agente: verdadeiro “enigma da esfinge”*, que ainda desafia os juízos e tribunais. Carreira Alvim: produções jurídicas. Disponível em: <https://carreiraalvim.com.br/extincao-da-punibilidade-pela-morte-do-agente-verdadeiro-enigma-da-esfinge-que-ainda-desafia-os-juizos-e-tribunais/>. Acesso em: 10 fev. 2025.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2024.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Bruna Araujo Coe. *A relevância do mérito penal e seus reflexos na esfera civil e administrativa*. Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . - v. Disponível em: https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2021/tomos/tomoI/revista_v13_n12021_tomoI_A-J.pdf. Acesso em: 17 fev. 2025.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – volume 1 – parte geral*. 31. ed. – São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

CÂMARA, Luiz Antonio; JUSTUS, Guilherme Ramos. *Notas sobre a prescrição, a inocência, e o interesse de recorrer*. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR - Ano 3 - Número 2 - Agosto de 2018. Disponível em: <https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/09/revista-esa-7.pdf>. Acesso: 27 jan. 2025.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal* - volume 1 - parte geral: Arts. 1º a 120 - 29. ed. - São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

CORRÊA, Patrícia Matos. *Interesse Recursal no Processo Penal*: possibilidade de análise do mérito da apelação defensiva com pretensão absolutória quando declarada extinta a punibilidade pela prescrição retroativa. Monografia. Bacharel em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 8a Edição. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 394. 27 Ibidem, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES GILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUEDES, Cintia Regina. *O conteúdo do direito de acesso à justiça e do princípio do devido processo legal na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos*. Cadernos Estratégicos – análise estratégica dos julgados da corte interamericana de direitos humanos. Seção 1 – Acesso à Justiça e Garantias Judiciais. Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro - DPGE Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <https://cejur.rj.def.br/uploads/arquivos/b2009a1a72a742d48483fc2f80e3a585.pdf>. Acesso em 05 mar. 2025.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayera Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1954, vol. V.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 18. ed., rev., atual. e ampl. - [2. Reimp.] - Rio de Janeiro: Método, 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 24. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 904.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SALOTTI, Carolina Sabbag; BORGES, Paulo César Corrêa. *A absolvição sumária no rito ordinário, a extinção da punibilidade e o princípio da dignidade da pessoa humana*. XXV CONGRESSO DO CONPEDI – CURITIBA: Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordenadores: Flávio Luís de Oliveira, Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em:

<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/o2ms73p5/JFy8vyK96GUNpww1.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2025.

SILVA, Rudson Coutinho da; FISCHER, Douglas. *Interesse recursal do réu em caso de absolvição ou quando extinta sua punibilidade*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em:

https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/silva_fischer.html. Acesso em: 07 fev. 2025.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 1 — 32 cd rev c atual — São Paulo: Saraiva 2010.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

A ALIENAÇÃO: O PROCESSO KAFKIANO, O DANO EXISTENCIAL E O DIREITO À DESCONEXÃO NAS RELAÇÕES LABORAIS CONTEMPORÂNEAS

Joaquim Fernando Paes de BARROS FILHO
Lorena Morato TERNI

RESUMO

Este artigo analisa a relação entre a alienação nas relações de trabalho e o dano existencial, usufruindo da obra *O Processo* de Franz Kafka como metáfora para as dinâmicas do mercado de trabalho moderno. A jornada de Josef K., este que enfrenta um sistema opressor e incompreensível, é comparada à experiência de trabalhadores da atualidade, submetidos a ambientes laborais desumanos, com falta de autonomia e dificuldade de desconectar-se do trabalho. Referida alienação no trabalho é tratada como causa central do dano existencial, manifestado pelo sofrimento psicológico, emocional e identitário. Neste trabalho, o direito à desconexão também é discutido, haja vista ser uma medida fundamental para garantir a saúde mental dos trabalhadores, separando sua vida profissional do pessoal. Conclui-se que, assim como na obra literária em questão, as relações de trabalho modernas podem gerar um ciclo de sofrimento, e que a desconexão é fundamental para um ambiente mais equilibrado.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação. Dano existencial. O Processo de Kafka. Direito à desconexão.

ABSTRACT

This article analyzes the relationship between alienation in work relationships and existential damage, using Franz Kafka's work *The Process* as a metaphor for the dynamics of the modern labor market. The journey of Josef K., who faces an oppressive and incomprehensible system, is compared to the experience of today's workers, subjected to inhumane work environments, with a lack of autonomy and difficulty disconnecting from work. This alienation at work is treated as a central cause of existential damage, manifested by psychological, emotional and identity suffering. In this work, the right to disconnect is also discussed, as it is a fundamental measure to guarantee the mental health of workers, separating their professional and personal lives. It is concluded that, as in the literary work in question, modern work relationships can generate a cycle of suffering, and that disconnection is fundamental to a more balanced environment.

KEYWORDS: Alienation. Existential damage. Kafka's Process. Right to disconnect.

1 INTRODUÇÃO

No atual cenário das relações de trabalho está cada vez mais comum sentir-se isolado no ambiente profissional. Com a alta da globalização e da tecnologia no mundo, indivíduos estão se vendo inseridos em ambientes laborais impessoais que desumanizam cada vez mais o trabalhador. Em tais locais é frequente a sobrecarga de tarefas, pressão por resultados, além de todas as outras responsabilidades externas do expediente de trabalho. Referidas circunstâncias têm causado um impacto cada vez maior nas pessoas: sentimentos de desamparo emocional, exaustão emocional e a perda da própria identidade, causando prejuízos até mesmo irreversíveis para a saúde mental dos afetados.

A importante obra “O Processo” narra a alienação e a subordinação de um indivíduo frente a um sistema rígido e sem escolhas. O protagonista, Josef K., é submetido a um processo judicial enigmático e interminável, no qual é acusado de um crime sem nunca sequer saber a sua culpa. Referida situação serve analogicamente para as relações de trabalho, em que o trabalhador, é envolvido em um processo sucessivo de produção e exigências, com pouca clareza sobre seus direitos.

O presente artigo tem como objetivo analisar a conexão entre a fragilidade descrita por Franz Kafka e os danos existenciais ocasionados pelas relações de trabalho. Isto será minimizado pela análise da importância do direito à desconexão, que visa proporcionar ao trabalhador a autonomia de se distanciar de suas obrigações laborais além do expediente. A partir disso, busca-se entender de que maneira o trabalho contemporâneo pode ser comparado a um procedimento contínuo que afeta a saúde mental e a autonomia do trabalhador, semelhante ao que ocorre com o protagonista de Kafka.

Este estudo visa contribuir com uma reflexão mais aprofundada sobre o impacto psicológico que as relações de emprego podem causar, ressaltando a necessidade da formalização de direitos além do ambiente de trabalho, garantindo maior bem-estar aos indivíduos que utilizam o labor como meio de sobrevivência.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, dos Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa e da Busca do Pleno Emprego

Os princípios têm papel fundamental no ordenamento jurídico brasileira e são estudados para trazer mais justiça a tal. Neste tocante, segundo narra o renomado autor constitucionalista Walter Claudius Rothenburg (1996, p. 203):

Os princípios são dotados de vaguidade, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas em direção às quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes.

Adentrando aos princípios previstos na CF/88 (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), destaca-se o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, este previsto no artigo 1º da Carta Magna da República Federativa do Brasil.

A priori, cumpre esclarecer que é princípio de caráter universal, ou seja, incidente sobre qualquer ramo do Direito e relação social, focalizando, aqui, no Direito do Trabalho. Razão pela qual, possui definição em aberto:

Mesmo assim, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar

claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade. Além disso, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência — notadamente no que diz com a construção de uma noção jurídica de dignidade — cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita, isto sem falar no já referido ceticismo por parte de alguns no que diz com a própria possibilidade de uma concepção jurídica da dignidade. (Sarlet, 2007, p. 361).

Tal princípio garante a proteção e integralidade humana, influenciando na estruturação do Estado Democrático de Direito, no que tange a busca pela distribuição de benefícios com os instrumentos necessários ao desenvolvimento de uma vida digna a cada cidadão, isto tendo a sua materialização, por exemplo, pelo emprego.

Agora, segundo outro princípio constitucional e fundamental, o dos Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa previsto no artigo 1º, IV, da Constituição Federal como sendo dois alicerces (trabalho e a livre iniciativa) em que sustentam as bases de nossa nação. Tais garantias constitucionais são fundamentais para o efetivo exercício lícito de trabalho em suas três formas: o trabalho empreendedor, o trabalho técnico e o trabalho administrativo.

Perante um Estado Ético, o princípio supracitado, não pode se restringir ao discurso, devendo ser posto em prática na sua íntegra, assegurando as necessidades básicas humanas, enquanto exigências fundamentais da vida, assim viabilizando a observância do também princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Concluindo que seu principal objetivo é a quebra do paradigma secular do conflito de interesses entre empresários e trabalhadores.

Já para o princípio da Busca pelo Pleno Emprego, apesar de correlacionado com o da Livre Iniciativa, trata-se de um princípio básico de ordem econômica com previsão legal no artigo 170, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988.

Tal princípio visa a efetiva valorização da mão-de-obra disponível pelo Estado, como bem mencionado no livro Curso de Direito Constitucional Positivo do professor José Afonso da Silva (2004) em que diz: “Quer-se que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica”.

Concessão de incentivos fiscais, oferecimento de empregos, incremento de produção local de riquezas, promoção do turismo, entre outras atitudes governamentais garantem o exercício do princípio, equilibrando para a distribuição de riquezas entre os setores públicos e privados, propiciando mais empregos formais com os encargos trabalhistas devidos a todos que estejam em condições de exercê-lo.

É considerado como sendo um princípio de integração, envolvendo problemas sociais e os seus mecanismos de seguridade, observado assim um Estado cada vez mais participativo na

economia, distanciando do Liberalismo Puro estudado por Adam Smith.

2.2 Princípios do Direito Trabalhista Brasileiro da Proteção, da Primazia da Realidade, da Irredutibilidade dos Direitos Trabalhistas e da Continuidade da Relação de Emprego

Entre os trabalhistas, o foco será nos princípios da Proteção e da Primazia da Realidade. Ambos são diretrizes básicas do Direito do Trabalho. O da Proteção visa a igualdade jurídica entre empregador e empregado, este protegendo diversas esferas da relação. Tal fundamento busca evitar sonegação dos direitos trabalhistas para a parte hipossuficiente do contrato, por meio da intervenção estatal, limitando a autonomia de vontade das partes, como diz: “Para isso, o Estado legisla e impõe regras mínimas que devem ser observadas pelos agentes sociais, que formarão a estrutura basilar de todo contrato de emprego” (Cassar, 2015, p. 169).

Evidenciando também um dos motivos do surgimento do Direito do Trabalho, objetivando sempre a proteção do trabalhador e a justiça. No mesmo tocante o brilhante advogado uruguaio Américo Plá Rodríguez condiz (1993, p. 30): “Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração”.

O princípio da Proteção para muitos doutrinadores é desmembrado por três outros subprincípios, estes são: o do In dubio pro operário, da Aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e o da Condição mais benéfica ao trabalhador.

O primeiro traz que em caso de dúvida, deve-se aplicar a regra mais favorável ao trabalhador ao se analisar um preceito que encerra regra trabalhista. Todavia, não se aplica integralmente ao processo do trabalho, vez que se faz necessário verificar, quando se tem dúvida, a quem pertence o ônus da prova.

Já para o da Aplicação da norma mais favorável ao trabalhador: as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador, ou seja, devem tratar de criar regras visando à melhoria da condição social do trabalhador. Em caso de várias normas a serem aplicadas a um caso, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador, de modo a interpretação da norma, em caso de várias normas passíveis de serem utilizadas, deve recair sempre na mais favorável ao trabalhador.

E, por fim, o último deve ser entendido como o fato de que as vantagens já conquistadas, que são mais benéficas ao trabalhador, não podem ser modificadas para pior. Seria a regra do direito adquirido, de modo que o direito conquistado não pode ser modificado, isto é, não se aplicar uma condição desfavorável ao empregado, conforme artigo 468 da CLT.

Vale ressaltar, desta forma, que o princípio supramencionado, por sua importância e alta aplicabilidade e abrangência, atinge quase todos os outros princípios trabalhistas, como o da

imperatividade das normas, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e o da inalterabilidade contratual lesiva, dentre outros, como orienta o doutrinador a seguir:

Todos esses ou outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia. Desse modo, o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado. (Delgado, 2008, p. 198-199).

Agora, para o princípio da Primazia da Realidade, em essência, trata-se do privilégio dado aos fatos em relação ao que consta nos documentos, sendo este tem menor significância ao Direito do Trabalho.

Buscando maior compreensão de tal princípio, Martins exemplifica:

Por exemplo, se um empregado é rotulado de autônomo pelo empregador, possuindo contrato escrito de representação comercial com o último, o que deve ser observado realmente são as condições fáticas que demonstrem a existência do contrato de trabalho. Muitas vezes, o empregado assina documentos sem saber o que está assinando. Em sua admissão, pode assinar todos os papéis possíveis, desde o contrato de trabalho até seu pedido de demissão, daí a possibilidade de serem feitas provas para contrariar os documentos apresentados, que irão evidenciar realmente os fatos ocorridos na relação entre as partes (Martins, 2018, p. 138).

A realidade fática para relação jus trabalhista é o ponto relevante da questão, objetivando o cumprimento dos preceitos legais estabelecidos por lei, conforme:

O significado que atribuímos a este princípio é o da primazia dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as aparências. Isso significa que em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle.

Esse desajuste entre os fatos e a forma pode ter diferentes procedências:

1) resultar de uma intenção deliberada de fingir ou simular uma situação jurídica distinta da real. É o que se costuma chamar de simulação. É muito difícil conceber casos de simulação absoluta na qual se pretenda apresentar um contrato de trabalho, quando na realidade não exista nada. Ao contrário, o mais frequente é o caso das simulações relativas, nas quais se dissimula o contrato real, substituindo-o ficticiamente por um contrato diverso. As diferenças entre o contrato simulado e o efetivo podem versar sobre todos os aspectos: as partes, as tarefas, os horários, as retribuições etc. nesta categoria se pode fazer outra grande distinção entre as simulações acordadas bilateralmente e as impostas ou dispostas unilateralmente por uma parte, com toda a variadíssima gama de matizes intermediários; [...]

Não é necessário analisar a pesar o grau de intencionalidade ou de responsabilidade de cada uma das partes. O que interessa é determinar o que ocorre no terreno dos fatos, o que poderia ser provado na forma e pelos meios de que se disponham em cada caso. Porém, demonstrados os fatos, eles não podem ser contrapesados ou neutralizados por documentos ou formalidades. (Rodriguez, 2000, p. 351).

A realidade não pode ser traduzida apenas em documentos, para observação e cumprimento das regras trabalhistas, exigem-se vários outros requisitos.

Neste contexto, Delgado dispõe:

O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve, contudo, ser brandido unilateralmente pelo operador jurídico. Desde que a forma não seja

da essência do ato (ilustrativamente, documento escrito para a quitação ou instrumento escrito para contrato temporário), o intérprete e aplicador do Direito deve investigar a aferir se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreta efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta especificada pela legislação. (Delgado, 2008, p. 208-209)

Por fim, o Princípio da Primazia da Realidade atenta-se a intenção dos agentes envolvidos em uma situação trabalhista e não para à vontade das partes. Desde a formação da relação e durante toda a execução do pacto laboral.

Já para o Princípio da Irredutibilidade ou da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, o empregado não pode, em qualquer tempo, renunciar ou negociar seus direitos trabalhistas, independente se for de forma expressa ou tácita. Tal óbice acontece devido a própria natureza das normas trabalhistas que são de ordem pública, cogentes e imperativas: “A renúncia é uma declaração unilateral de vontade que atinge direito certo e atual, cujo efeito é a extinção deste direito”. (Cassar, 2015, p. 204)

Para Barros tal princípio abrange tanto o conceito de indisponibilidade como de irrenunciabilidade, afinal:

Embora atenuado pela negociação coletiva (art. 7º, incisos, VI, XIII e XIV da Constituição Federal de 1988), está vinculado à ideia de imperatividade, isto é, de indisponibilidade de direitos. Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter emprego ou de perdê-lo, caso não formalizasse a renúncia. [...]

A irrenunciabilidade manifesta-se também por meio da declaração de nulidade de todo ato cujo objetivo é estabelecer solução diferente da estipulada pelo legislador, como, aliás, ressalta Plá Rodriguez. Em consonância com esse entendimento, o Direito do Trabalho brasileiro, no art. 9º da CLT, torna irrenunciáveis explicitamente as normas consolidadas, ao rever a nulidade “de pleno direito dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. (Barros, 2017, p. 186)

A CLT em seu teor declara como nulo todo e qualquer ato que objetiva desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas.

Plácido e Silva define a renúncia da seguinte maneira:

[...] Designa o abandono ou a desistência do direito que se tem sobre alguma coisa. Nesta razão, a renúncia importa sempre num abandono ou numa desistência voluntária, pela qual o titular de um direito deixa de usá-lo ou anuncia que não o quer utilizar. A renúncia pode vir expressamente ou pode ser deduzida. Daí a renúncia expressa e a renúncia tácita. A expressa é a que, claramente, positivamente, é declarada ou firmada em ato pelo qual se declara ou se anuncia o abandono ou a desistência. A tácita é a deduzida ou a presumida, decorrendo da omissão, ou da inexecução do ato, dentro do prazo legal, que vira assegurar o direito. (Plácido, 2003, p. 201).

Vale lembrar que o trabalhador apenas poderá renunciar a algum de seus direitos caso esteja perante um (a) juiz (a) do Trabalho, afinal não haverá influência de terceiros, sendo julgado exclusivamente a vontade da parte.

É importante salientar que o princípio mencionado garante legalmente que a regência contratual não deva ocorrer apenas pela simples manifestação da vontade de uma das partes, e sim de ambas.

Diferentemente dos demais princípios apresentados, o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego está voltado às reflexões sobre o término do contrato de trabalho, e não, ao início e desenvolvimento do contrato de trabalho.

Sob regra, o contrato de trabalho é por tempo indeterminado, e sua manutenção é o sucesso do negócio. Caso contrário, é expresso o prazo e o trabalho torna-se temporário.

Assim, o ônus probatório de justificar a extinção do vínculo empregatício é de exclusividade do empregador.

Portanto, a ideia principal de tal princípio é preservar o contrato de trabalho como um todo, e, principalmente, a parte mais frágil desta relação, proibindo-se, por exemplo, uma sucessão de contratos de trabalho por prazo determinado.

2.3 Alienação no Trabalho

Esclarecido e reforçado a importância dos princípios basilares do Direito Constitucional e do Trabalho, adentramos ao cerne do presente artigo. A alienação no trabalho é um fenômeno estudado há anos e tem consequências enormes nas relações de emprego e na saúde mental dos cidadãos. A conexão entre o indivíduo e seu trabalho se manifesta de diferentes formas, sendo associada à falta de autonomia, ausência de significado na atividade laboral e exploração do tempo de vida do empregado pelo empregador (Antunes, 2018).

O conceito de alienação no trabalho no sistema capitalista foi amplamente desenvolvido por Karl Marx (1984), sendo que o trabalhador se torna alienado de quatro principais maneiras: Alienação do produto do trabalho: O empregado não tem domínio do que produz, afinal o produto é do empregador. Alienação do processo produtivo: O trabalhador não toma nenhuma decisão sobre o seu trabalho, sendo apenas uma peça dentro do sistema. Alienação de sua essência humana: O trabalho deveria ser agregador, mas no sistema capitalista, torna-se apenas um meio de sobrevivência. Alienação das relações sociais: A competição no mercado de trabalho afeta nas vidas dos trabalhadores, este que se tornam rivais, ao invés de colegas.

Nas palavras de Marx:

O tempo é o campo do desenvolvimento humano. O homem que não disponha de nenhum tempo livre, cuja vida — afora as interrupções puramente físicas, do sono das refeições etc. — esteja toda ela absorvida pelo seu trabalho para o capitalista, é menos que uma besta de carga. É uma simples máquina, fisicamente destroçada e brutalizada intelectualmente, para produzir riqueza para outrem (Marx, 1898, apud Antunes, 2004, p. 88).

Já no século XXI, a alienação do trabalhador apresenta tanto características novas quanto semelhantes às analisadas desde a Revolução Industrial. As relações de trabalho são dinâmicas e, por isso, estão em constante mudança, principalmente, com o advento das novas tecnologias.

O labor desenvolvido em casa, home office, o sem vínculo trabalhista, freelancer, o que se contrata uma pessoa física, mas na sua pessoa jurídica, pejetização, e o novo fenômeno em que o propenso empregador não é nada mais que um mero funcionário da empresa, uberização. Com todas as alternativas de trabalho, o que ainda é possível percebe que a exploração permanece limitando a liberdade de trabalho.

Para compreender as dinâmicas das relações de trabalho é necessário desenvolver um pensamento crítico estimando melhorias para que haja a diminuição da alienação em ambiente trabalhista, o trabalho deve enobrecer o homem e não torna-lo superficial, doente ou submisso.

2.4 Dano Existencial nas Relações Laborais

O dano existencial surge como consequência desse processo, evidenciando os impactos negativos que a alienação pode ter na vida do indivíduo. Ao impossibilitar o trabalhador de usufruir do seu tempo de lazer, o ambiente laboral pode se tornar um fator degradante psicologicamente e emocionalmente, prejudicando tanto o bem-estar individual quanto as relações interpessoais.

Tal dano refere-se às limitações impostas ao trabalhador em sua capacidade de viver plenamente fora do ambiente laboral. Diferente do dano moral, que está relacionado a abalos emocionais momentâneos, o dano existencial tem conflitos estruturais na vida do indivíduo, restringindo sua liberdade e impedindo-o de exercer atividades que lhe proporcionam bem-estar e crescimento pessoal. (De Masi, 2000)

No mercado de trabalho moderno, empresas que negligenciam o bem-estar de seus funcionários podem enfrentar consequências negativas. Isso inclui redução da satisfação no trabalho, aumento da rotatividade de pessoal e danos à reputação da empresa.

Por outro lado, empregadores progressistas que buscam promover ambientes saudáveis, reconhecendo a importância do cuidado com o aspecto existencial dos funcionários, geralmente testemunham uma maior produtividade e lealdade à empresa.

O trabalho é um direito social fundamental constitutivo de um Estado Democrático de Direito e representa o verdadeiro núcleo de uma ordem liberal-democrática.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou dos direitos dos trabalhadores nos artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 11.

Para Delgado:

A Constituição de 1988 trouxe, nesse quadro, o mais relevante impulso já experimentado na

evolução jurídica brasileira, a um eventual modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais no país. Impulso relevante, se cotejado com a história anterior do Direito Laboral pátrio. Impulso tímido, se comparado com as experiências dos países centrais. Impulso contraditório, se posto à análise com diversos outros dispositivos da mesma Constituição, que parecem indicar em sentido inverso à auto normatização social e à própria democratização do Direito do Trabalho. (Delgado, 2012, p. 120-121)

Como ressaltam Canotilho e Moreira:

A individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstratos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade. (Canotilho; Moreira, 1994, p. 285)

Séculos de história estabeleceram, como resultado da luta da classe operária, padrões mínimos de direitos que são ou deveriam ser assegurados aos trabalhadores. No âmbito trabalhista, as restrições são impostas visando a tutelar as garantias inerentes à relação de emprego, de forma a se preservar o valor constitucional do trabalho, em respeito ao princípio magno da dignidade da pessoa humana.

No contexto da responsabilidade civil, o dano existencial está relacionado a prejuízos que afetam a esfera pessoal e existencial do indivíduo, extrapolando os danos materiais. A responsabilidade está voltada ao empregador que coloca em determinadas condições o trabalhador, fazendo com que este sofra impactos negativos na sua saúde mental, qualidade de vida ou relações familiares.

A legislação, em muitas jurisdições, considera a responsabilidade civil em casos de dano existencial, exigindo que empregadores forneçam ambientes de trabalho seguros e saudáveis. A reparação por tal dano pode envolver a compensação financeira, mas esta não é suficiente para a real resolução do problema.

O artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispõe sobre a autonomia das partes para estabelecer acordos e convenções coletivas, respeitado os direitos mínimos e fundamentais garantidos por lei, estes que violados ocasionam responsabilidade civil por parte da empresa, resultando dano além do âmbito trabalhista.

Desta forma, trata-se de um tema de extrema importância e relevância para o mercado de trabalho e diversos ramos do direito, garantidores de direitos e deveres presentes na Constituição Federal. Desde a Revolução Francesa com seus ideais iluministas da Fraternidade, Igualdade e a Liberdade, da Revolução Industrial e de tantas outras conquistas da humanidade. Podemos, inclusive, citar sobre as conquistas das mulheres em conseguirem seu espaço no mercado de trabalho. Tudo relacionado ao labor e a sua importância para uma sociedade mais justa, igualitária e fraterna.

A Constituição Federal é clara em diversos artigos, como o art. 1º, inciso IV, o artigo 3º, inciso I e o artigo 5º, inciso XIII. Os tais garantem o trabalho como sendo livre e justo.

O trabalho é um direito social fundamental e deve ser preservado e garantido, mas as consequências no atual mercado de trabalho, na sobrecarga de serviço e de cobranças excessivas podem causar danos irreversíveis, tanto na esfera profissional como pessoal.

2.5 “O Processo” Kafkiano

O livro “O Processo” de Franz Kafka é um clássico da literatura mundial. Referido livro é leitura obrigatória em diversas escolas e faculdades. Adentrando superficialmente sobre a vida do escritor e bacharel em Direito, Franz Kafka, temos que o tcheco foi um escritor de diversos contos e romances do século XX, tendo como principais obras: A Metamorfose, O Processo e O Castelo.

O livro em questão de 1925 trata-se de uma história em que houve uma determinada situação de inconstitucionalidade em que o Estado teve dificuldade em socorrer de forma judicial. Inclusive é discutido a forma autoritária do Estado em agir em determinadas vias legais. O Estado agindo de forma coercitiva, não seguindo leis, e assim sendo antidemocrático.

O personagem principal da trama chama-se Josef K., bancário, no dia em que completava 30 anos, o personagem foi surpreendido por dois homens na pensão em que morava (analogicamente oficiais de justiça ou agentes policiais) a mando de um superior, dizendo que ele estaria detido por algum processo criminal desconhecido e não tipificado.

Ao encontro do superior mencionado, o personagem Josef questiona sobre o que teria feito. Mesmo após tal questionamento, o personagem não obteve resposta, sendo acusado sem qualquer tipo de prova. Respondendo pelo crime em liberdade. Após referida situação, o personagem passa por um interrogatório, no qual expõe sua indignação sobre o caso, tendo seu direito ao interrogatório interrompido pelo Juiz. Passando por essa situação o personagem vai em busca de auxílio jurídico na pessoa de um advogado. Infelizmente referido profissional de Direito também não se importou para o processo. Foi ao Tribunal e continuou sem a justificativa do suposto crime cometido.

Desde o encontro dos dois homens com Josef, este não teve paz. Nítido desrespeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O personagem cansado com tudo que estava passando e com a deslealdade e corrupção do Poder Judiciário, cumulado com fortes abalos psicológicos, abandonou o processo e assim na véspera de completar 31 anos foi morto pelo resultado da sentença, esta em que seu teor não foi divulgado e nem recorrida, colocando fim ao processo injustiçado e ao seu sofrimento.

No capítulo IX da obra, acontece um importante diálogo da trama entre o Capelão da

Prisão e Josef K, na oportunidade aquele tenta explica para este o motivo pelo qual Josef K está passando por todo esse sofrimento, este diálogo o ponto crucial é quando Capelão tenta convencer K de que este está sendo julgado por algo além do que imagina e de que sua culpa é algo inerente à existência humana, distanciando da lógica e do racional, reforçando a opressão do sistema, conforme:

- Não se iluda - disse o abade. - E sobre o que eu não me iludiria? - perguntou K. - Sobre a justiça. Fala-se desse erro nas palavras que precedem a Lei: “Uma sentinela se mantém postada diante da Lei; um dia um camponês vem ao seu encontro e pede-lhe permissão para entrar. A sentinela lhe diz que não pode deixá-lo entrar naquele momento. O homem reflete e pergunta se poderá entrar mais tarde. ‘E possível’, diz a sentinela, ‘mas agora não’. A sentinela se põe de lado diante da porta aberta, aberta como sempre, e o homem inclina-se para olhar o interior. A sentinela, vendo-o fazer isso, ri e diz: ‘se você tem tanta vontade, tente entrar então, apesar da minha proibição. Mas lembre-se de que sou poderoso. E sou apenas a última das sentinelas. À entrada de cada sala você encontrará sentinelas cada vez mais poderosas; a partir da terceira, nem posso suportar lhes a visão’. O homem não esperara tantas dificuldades, pensara que a Lei devia ser acessível a todo mundo, o tempo todo, mas agora observando melhor a sentinela, em seu casaco de peles, seu narigão pontudo e sua longa barba rala e preta, à moda tártara, resolve aguardar apesar de tudo, que o autorizem a entrada. A sentinela lhe dá um escabelo e o faz sentar ao lado da porta. Ele fica ali durante longos anos. Faz inúmeras tentativas para que lhe permitam entrar e cansa a sentinela com suas súplicas. A sentinela, às vezes, submete-o a pequenos interrogatórios, interroga-o sobre sua aldeia e muitos outros assuntos, mas com ar indiferente, como o fazem os grãos-senhores, e para acabar sempre diz que não pode deixá-lo entrar. [...] Durante seus longos anos de espera, o homem não para (sic) quase nunca de observar a sentinela. E esquece os outros guardas, parece-lhe que o primeiro é o único que o impede de entrar na Lei. [...] Finalmente, sua vista enfraquece e ele não sabe mais se é realmente noite ao seu redor ou se seus olhos o enganam. Mas agora distingue na escuridão o brilho de uma luz que cintila inextinguível, através das portas da Lei. Não tem muito tempo de vida mais. Antes da morte, todas as suas lembranças vêm concentrar-se no seu cérebro para impor-lhe uma pergunta que ainda não formulara. E, não podendo erguer seu corpo enrijecido, faz sinal ao guarda para que se aproxime. O guarda vê-se obrigado a inclinar-se muito sobre ele, pois a diferença de altura entre um e outro mudara enormemente. ‘O que é que você ainda quer saber?’, pergunta. ‘Você é insaciável.’ ‘Se todo o mundo procura conhecer a Lei’, diz o homem, ‘como é possível que a tanto tempo ninguém além de mim lhe peça para entrar?’ O guarda vê que o homem está às portas da morte e, para alcançar seu tímpano morto, berra-lhe aos ouvidos: “Ninguém além de você tinha o direito de entrar aqui, pois esta entrada foi feita apenas para você, agora vou embora e fecho a porta”. (Kafka, 2000, p. 215-217)

A literatura é uma importante ferramenta para a compreensão da realidade social e das dinâmicas que envolvem as relações humanas. Franz Kafka em sua obra destaca muito bem a alienação e impotência do cidadão comum diante de sistemas opressores de Estado. Comparado com a burocracia moderna, em que os seres humanos são contidos por regras obscuras, sem acesso à verdade e sem controle de sua própria vida.

No contexto das relações de trabalho, a obra analisada ilustra com perfeição o desamparo e falta de autonomia que os trabalhadores são reduzidos perante um sistema maior. O protagonista, Josef K, analogicamente representa o empregado alienado e sem ferramentas suficientes para se tornar superior ao sistema ou até mesmo fazer parte dele de forma justa, livre e fraterna.

Referida opressão está interligada ao atual ambiente corporativo, em que trabalhadores

enfrentam barreiras burocráticas, hierarquias rígidas e um controle excessivo de sua produtividade, sem ao menos saber os motivos que estão submetidos.

Josef K., personagem central de "O Processo" de Franz Kafka, durante todo o livro enfrenta uma situação de completa impotência, esta que reflete na atualidade por diversos trabalhadores e trabalhadoras no mundo, como o excesso de burocracia, sentimento de insignificância, cobranças desproporcionais e falta de clareza.

A obra "O Processo" apesar de ter sido publicado há mais de 100 anos, representa até os dias atuais, a influência que o Estado pode atingir na vida pessoal de cada indivíduo, trazendo um considerado aumento de transtornos psicológicos, como ansiedade, depressão, síndrome de burnout, redução de produtividade e dificuldade em relacionamentos (ANTUNES, 2018). Empresas que mantêm seus funcionários em ambientes sombrios, colaboram para a perpetuação desse estado de alienação e sofrimento mental.

Todo o exposto, reflete na precarização das relações trabalhistas. Com a intensificação do uso de tecnologia e o avanço do trabalho remoto, os trabalhadores encaram novas formas de vigilância e controle, em que sua performance pode ser monitorada a todo momento, sem que tenham real autonomia sobre seu tempo e suas atividades (HARVEY, 2011).

Um dos aspectos mais angustiantes da obra de Kafka é a impossibilidade de fuga do sistema. Josef K. tenta entender sua situação, busca ajuda, segue protocolos, mas, no fim, percebe que está preso em um jogo onde as regras não lhe são acessíveis.

Referido sentimento pode ser identificado em trabalhadores que, mesmo insatisfeitos, não conseguem sair de seus empregos devido a fatores como: dependência financeira, baixa oferta de trabalho, ambiente de trabalho tóxico e naturalização do abuso, entre outros.

Na obra em questão, Josef K. tem sua vida consumida pela duração do processo e, no final, acaba por morrer sem nunca entender sua culpa. O livro "O Processo" pode ser interpretado de várias formas e uma delas é como uma crítica aos sistemas extremamente burocráticos que sufocam o cidadão. O autor cria uma narrativa angustiante para o leitor, refletindo a impotência e a absurda opressão enfrentada por Josef K.

2.6 O Direito À Desconexão no Mercado de Trabalho Moderno

A tecnologia avançando cada vez mais na seara trabalhista, trouxe uma maior dificuldade em separar a vida pessoal da profissional. O expediente na atualizada não acaba ao sair da empresa, os trabalhadores permanecem conectados por mensagens, e-mails ou videoconferências. Com tamanha mudança, o direito também teve que evoluir no tocante a regulamentação do chamado direito à desconexão, evitando represálias ou prejuízos fora do horário de labor. O tempo com a

família e amigos não são meras escolhas, e sim necessidade para uma vida saudável além do trabalho.

A invasão do trabalho no tempo livre impacta diretamente na saúde mental dos trabalhadores, resultando em altos índices de estresse, ansiedade e esgotamento profissional. Além disso, essa hiperconectividade pode ser vista como uma nova forma de alienação, na qual o indivíduo nunca se desliga completamente do trabalho, perdendo o controle sobre seu próprio tempo e vida pessoal.

O direito à desconexão acena à prerrogativa do trabalhador de se desvincular de suas atividades laborais fora do expediente sem sofrer prejuízos profissionais. O conceito ganhou destaque inicialmente na França, que, em 2017, sancionou uma lei garantindo que empresas com mais de 50 funcionários estabeleçam regras claras para evitar a sobrecarga digital dos empregados (SILVA, 2021).

Adentrando a demais países que começaram a adotar legislação parelha temos:

Itália (2017) – Pela lei 81/17, esta que regulamentou o chamado *Smart Working* (trabalho inteligente), com o intuito de promover e fornece novas formas de trabalho remoto, garantindo maior equilíbrio entre a vida pessoal e profissional do trabalha.

Espanha (2018) – Incluiu o direito à desconexão na Lei Orgânica de Proteção de Dados e Garantia de Direitos Digitais, esta que em seu artigo 88 prevê o direito à desconexão, baseado no respeito ao repouso e à vida privada.

Portugal (2021) – Os legisladores portugueses tornaram ilegal que chefes contatassem funcionários após o horário de trabalho, exceto em casos de força maior.

No Brasil, ainda não há uma legislação específica sobre o tema, mas diversas discussões vêm ocorrendo no Congresso Nacional. O Projeto de Lei nº 5.581/2020 propõe regulamentar o direito à desconexão, estabelecendo limites para a comunicação entre empregadores e empregados fora do expediente. Ou seja, por ora, pela falta de regulamentação, os prejuízos às vidas dos trabalhadores brasileiros ainda estão constantes.

Com a Pandemia da Covid, o teletrabalho ganhou protagonismo no cenário de isolamento social. Este, pela inovação e diversos benefícios que acarretou aos trabalhadores do mundo inteiro, trouxe também a questão do direito à desconexão, que simplesmente é ocasionado pelo dano que pode gerar ao trabalhador em diversos aspectos, na constante disponibilidade por partes dos funcionários, inclusive dando voz ao dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro.

A psicóloga organizacional Marie-France Hirigoyen (2016) destaca que a falta de tempo de qualidade fora do ambiente profissional pode gerar um ciclo de frustração e desmotivação, reduzindo o engajamento do trabalhador e aumentando o absenteísmo.

Além disso, as empresas que respeitam o direito à desconexão acabam por apresentar funcionários mais satisfeitos, criativos e produtivos. O bem-estar no trabalho não se resume apenas a salários e benefícios, mas também ao respeito pelo tempo e pela individualidade dos empregados. Nas palavras de Casado Filho (2012, p. 189) negar mecanismos de proteção do trabalhador é negar os direitos humanos, *in verbis*:

Um dos meios de negar os direitos humanos é restringir o acesso aos mecanismos jurídicos para sua proteção. A Constituição Federal prevê determinadas garantias processuais para evitar que, por meio do processo, se neguem os direitos e garantias fundamentais. Entre tais garantias estão: (a) o contraditório e a ampla defesa; (b) a publicidade; (c) a licitude de provas; (d) a razoável duração do processo; (e) a motivação das decisões; e (f) a inafastabilidade do Judiciário.

As medidas como: bloqueio de e-mails corporativos após o expediente, horários fixos para reuniões, proibição de exigências fora do horário de trabalho, são garantidoras do direito à desconexão. Porém, sem uma regulamentação legal, essas práticas ainda são exceções, e a maioria dos trabalhadores seguem reféns da hiperconectividade.

2.7 Análise Comparativa: “O Processo” E As Relações Laborais Contemporâneas

A obra "O Processo", de Franz Kafka, oferece uma crítica atemporal à burocracia, ao controle excessivo e à alienação do indivíduo dentro de sistemas impessoais. No romance, o protagonista Josef K. se vê subjugado por uma engrenagem opressora, sem entender os motivos de sua acusação e muito menos conseguir escapar de um julgamento cruel.

Referida narrativa é um espelho da realidade de muitos trabalhadores no século XXI, que se veem presos em estruturas corporativas rígidas, submetidos a exigências inatingíveis e constantemente monitorados. Além de toda competitividade entre os setores laborais, expondo o trabalhador a um estado de ansiedade e impotência, com uma autonomia extremamente reduzida.

A comparação entre a simbologia kafkiana e as relações de emprego demonstra a alienação dos mais frágeis e suporte da sociedade. Incerteza, opressão, falta de clareza, excesso de burocracia, falta de autonomia, medo e insegurança são as principais pautas enfrentadas.

Os efeitos da alienação e da hiperconectividade no trabalho vão muito além do ambiente corporativo. O trabalhador alienado não sofre apenas no ambiente profissional, mas leva essa carga para sua vida pessoal, gerando impactos em sua saúde, relações familiares e participação na sociedade. Entre as principais temos: esgotamento e adoecimento mental, redução do engajamento social e comunitário, impacto nas relações interpessoais e perda do sentido do trabalho.

A alienação leva os trabalhadores a enxergarem suas atividades como meros meios de sobrevivência, e não como fontes de realização pessoal. Esse fenômeno reduz a criatividade, a inovação e o senso de pertencimento dentro das organizações.

Nas palavras de Kafka em sua obra “A Metamorfose” também pode ser estudada no presente artigo, na qual vislumbra o trabalho somente como meio de sobrevivência, *in verbis*:

[...] Se eu não me contivesse por causa de meus pais, já teria me demitido havia muito, iria até o chefe e lhe diria o que penso do fundo do coração. Ele despencaria da mesa! [...] Ora, a esperança ainda não se perdeu totalmente: assim que eu juntar dinheiro para lhe pagar a dívida de meus pais — o que ainda deve levar mais cinco ou seis anos — farei isso mesmo. Então, cortarei todos os laços. Por ora, no entanto, preciso me levantar, pois meu trem parte às cinco. (Kafka, 1915/2019, p. 36)

A literatura kafkiana nos ensina que a desumanização do trabalho não é apenas um problema individual, mas sim um reflexo de uma sociedade que prioriza a produtividade em detrimento do bem-estar humano. Portanto, compreender essa relação é essencial para a construção de um modelo de trabalho mais equilibrado e sustentável.

3 CONCLUSÃO

A crítica proposta neste artigo revela importante atrelamento entre a alienação descrita na obra “O Processo” de Franz Kafka e o dano existencial resultante das relações laborais contemporâneos. Assim como Josef K. é submisso a um sistema insensível e enigmática, muitos trabalhadores enfrentam um mercado de trabalho que, apesar de seus avanços tecnológicos, continua a operar de maneira desumana, como foco restrito a produtividade e consequentemente trazendo prejuízos ao bem-estar dos cidadãos.

O conceito de dano existencial, compreendido como abalo psicológico gerado pela opressão nas relações de trabalho, foi comparado à experiência kafkiana de alienação, em que o ser humano se vê preso a um processo sem fim e sem sentido. Referida experiência de desrespeito, ampliada pelo contexto da conectividade constante, é uma característica crescente do mundo corporativo atual.

Além do mais, ficou nítido que o direito à desconexão foi consequência do aumento do dano existencial. Os não limites gerados pelos empregadores aos empregados desequilibrando a vida pessoal e profissional, acabou por ocasionar o esgotamento emocional dos trabalhadores. O direito à desconexão, torna-se medida essencial para devolver ao trabalhador o controle de sua vida, evitando ciclos de alienação, como exemplificado pela obra de Franz Kafka.

Em conclusão, o presente artigo científico contribui para a compreensão dos impactos psicológicos da nova forma de trabalho e a importância de medidas legais para proteger a integridade mental e existencial do trabalhador. A obra de Kafka continua a ser uma poderosa metáfora para as questões que envolvem a alienação no trabalho, ressaltando a urgência de repensar o atual sistema de trabalho mundial e de implementar práticas que promovam o bem-estar e a desconexão. O caminho para a construção de um ambiente de trabalho mais saudável passa pelo

reconhecimento e pela defesa dos direitos que asseguram a dignidade e a saúde psicológica dos indivíduos, retomando os ideais iluministas da Revolução Francesa de 1789, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: O novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015.
- CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DE MASI, Domenico. **Ócio Criativo**. São Paulo: Sextante, 2000.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2011.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **O assédio moral no trabalho**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2016.
- JACOBIN BRASIL. **Todos deveriam ter o direito de se desconectar do trabalho**. Jacobin Brasil, 12 jan. 2023. Disponível em: <https://jacobin.com.br/2023/01/todos-deveriam-ter-o-direito-de-se-desconectar-do-trabalho/>. Acesso em: 25 jan. 2025.
- KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2020.
- MIGALHAS. **O reconhecimento global do direito à desconexão**. Migalhas, 22 jan. 2025. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/368145/o-reconhecimento-global-do-direito-a-desconexao>. Acesso em: 15 jan. 2025.
- POLITIZE! **Alienação do trabalhador**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/alienacao-do-trabalhador/#:~:text=O%20conceito%20de%20aliena%C3%A7%C3%A3o%20do,mais%20em%20seu%20trabalho%20final>. Acesso em: 5 fev. 2025.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução e revisão técnica de Wagner D. Giglio; tradução das atualizações para esta edição de Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução e revisão técnica de Wagner D. Giglio; tradução das atualizações para esta edição de Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, a. 29, n. 29, 1996. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9393/6485>. Acesso em: 04 jan. 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões Da Dignidade Da Pessoa Humana: Construindo Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 09, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>. Acesso em: 30 jan. 2025.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Glácucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Jorge Luiz. **O direito à desconexão na era digital**. Revista de Direito do Trabalho, v. 43, n. 5, 2021.

SOUZA, Ricardo. **O impacto da desconexão digital no direito ao trabalho**. Percurso Acadêmico, v. 7, n. 13, p. 210, 2017. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/P.2236-0603.2017v7n13p210>. Acesso em: 10 jan. 2025.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O futuro começa agora: Da pandemia à utopia**. São Paulo: Boitempo, 2020.

SANTOS, Valéria Pereira dos. **A questão do direito à desconexão no contexto do direito do trabalho**. Revistas Faculdade Damas, 2023. Disponível em: <https://www.revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/3103>. Acesso em: 5 jan. 2025.

WHO – World Health Organization. **Burn-out an "occupational phenomenon"**. Genebra: WHO, 2019.

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS JULGAMENTOS DE 8 DE JANEIRO DE 2023

Tamires PETRIZZI

RESUMO

O presente artigo tem como tema a imparcialidade judicial no julgamento dos crimes decorrentes dos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023. A problemática central consiste em verificar se a negativa de seguimento à arguição de suspeição do ministro relator compromete as garantias do sistema acusatório e o princípio do juiz imparcial. Parte-se da hipótese de que a rejeição liminar dessas arguições enfraquece os fundamentos do modelo acusatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo geral é examinar se a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) está em conformidade com a estrutura acusatória prevista na Constituição Federal de 1988. Como objetivos específicos, busca-se discutir o papel da imparcialidade no processo penal, analisar os institutos da suspeição e do impedimento, bem como realizar um estudo empírico das decisões do STF sobre o tema. A metodologia utilizada combina pesquisa bibliográfica com pesquisa documental, de abordagem qualitativa. Foram analisados oito acórdãos relativos a agravos regimentais interpostos contra decisões que negaram seguimento a arguições de suspeição do ministro relator. Verificou-se que todas as impugnações foram rejeitadas com base na ausência de fundamentação concreta, conforme exigem os artigos 277 e 278 do Regimento Interno do STF. Os resultados confirmam a hipótese de que a aplicação estrita desses dispositivos pode representar uma limitação à verificação efetiva da imparcialidade judicial exigida pelo modelo acusatório.

PALAVRAS-CHAVE: Garantias processuais; Arguição de suspeição; Crimes contra o Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This article addresses judicial impartiality in the prosecution of crimes arising from the anti-democratic acts of January 8, 2023. The central research question is whether the dismissal of the motion for disqualification of the reporting Justice compromises the guarantees of the accusatory system and the principle of an impartial judge. The hypothesis is that the summary rejection of such motions undermines the foundations of the accusatory model adopted by the Brazilian legal system. The general objective is to examine whether the actions of the Federal Supreme Court (STF) are consistent with the accusatory structure established by the 1988 Federal Constitution. Specifically, the study aims to discuss the role of impartiality in criminal proceedings, analyze the legal frameworks of disqualification and impediment, and conduct an empirical review of STF decisions on the matter. The methodology combines bibliographic research with qualitative documentary analysis. Eight judgments were examined, all related to interlocutory appeals filed against decisions that dismissed motions for disqualification of the reporting Justice. It was found that all motions were rejected on the grounds of lack of specific and concrete justification, as required by Articles 277 and 278 of the STF's Internal Rules. The findings confirm the hypothesis that the strict application of these procedural rules may represent a limitation on the effective verification of judicial impartiality, as required by the accusatory model.

KEYWORDS: Procedural guarantees; Motion for disqualification; Crimes against the Democratic Rule of Law.

1. INTRODUÇÃO

Nos atos antidemocráticos ocorridos em 8 de janeiro de 2023, manifestantes invadiram e depredaram as sedes dos Três Poderes, em Brasília, com o objetivo de subverter a ordem constitucional. Os desdobramentos jurídicos desses eventos foram numerosos, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, órgão competente para o processamento e julgamento dos envolvidos. Entre as diversas controvérsias processuais suscitadas, destaca-se a arguição de suspeição formulada pelas defesas dos réus, que passaram a questionar a imparcialidade do ministro relator, Alexandre de Moraes.

As defesas alegaram que o ministro, em entrevista concedida ao jornal *O Globo*, teria admitido ter orientado a atuação do governo federal diante dos atos criminosos, o que, segundo os advogados, caracterizaria causa de suspeição, nos termos dos artigos 254, inciso IV, e 564, inciso I, do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), resultando na nulidade dos atos processuais por ele praticados.

Nesse sentido, formula-se o seguinte problema de pesquisa: “A negativa de seguimento à arguição de suspeição do ministro relator, no julgamento dos crimes de 8 de janeiro de 2023 pelo Supremo Tribunal Federal, compromete as garantias do sistema acusatório e o princípio do juiz imparcial?”. Parte-se da hipótese de que a rejeição liminar da referida arguição fragiliza a percepção de imparcialidade do julgador e, por conseguinte, viola os pressupostos do modelo acusatório adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

Para compreender adequadamente os desdobramentos jurídicos do caso, faz-se necessário retomar os fundamentos dos institutos da suspeição e do impedimento no processo penal brasileiro, bem como refletir sobre os limites constitucionais da atuação judicial à luz do princípio da imparcialidade e da estrutura do sistema acusatório. A pesquisa é bibliográfica e, no terceiro capítulo, adota o método empírico, com análise documental qualitativa de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no contexto dos atos de 8 de janeiro de 2023.

2. A IMPARCIALIDADE COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Este capítulo tem por objetivo explicar o conceito de imparcialidade no âmbito do sistema acusatório. Antes, contudo, é necessário reconhecer que a própria categorização contribui para a expansão do poder punitivo do Estado, na medida em que se estrutura como um “maquinismo autoritário que corresponde a um processo penal ‘consensualmente’ orquestrado a partir de significantes ‘ideologicamente neutros’ (Gloeckner, 2015, p. 393).

Ressalvada essa problemática metodológica e sistêmica, a Constituição Federal, em seu artigo 129, traz modelo acusatório ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (Brasil,

1988). Isso faz com que o desenho institucional do processo penal brasileiro separe as funções de acusar e a de julgar, pressuposto do modelo acusatório.

Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 254-256) “de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação”. A partir dessa separação, Ferrajoli fixou o axioma A8 de seu modelo teórico garantista, o qual estabelece que não há julgamento sem acusação. Essa formulação parte do princípio de que o juiz deve manter uma posição equidistante entre as partes do processo, sem se confundir com os interesses da acusação ou da defesa. A separação

comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o consequente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de parte – em posição de paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e a consequente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado (Ferrajoli, 2002, p. 454).

Nessa perspectiva, o Código de Processo Penal, em seu artigo 3º-A, afirma 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, 2019). Para Geraldo Prado (2005, p. 175), diferente da estrutura inquisitória, “na acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz para o centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar a sua atuação”. Assim, a configuração do sistema acusatório, exige, sobretudo, a imparcialidade judicial.

Nesse sentido, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se estabelece apenas pela exclusão de sua atuação como parte, mas, principalmente, por reconhecer que sua função principal – de decidir a causa – resulta de uma escolha consciente e refletida entre versões opostas, diante das quais manteve-se, ao longo de todo o processo, equidistante (Prado, 2005, p. 178).

Luigi Ferrajoli (2002, p. 464) conceitua a equidistância como o

afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; independência à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; naturalidade à determinação de sua designação e à determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo.

Isso demonstra que a imparcialidade não se limita à conduta interna do julgador no processo, mas envolve também aspectos estruturais e institucionais que garantem sua independência em face de pressões externas e sua imparcialidade diante dos sujeitos processuais. Nesse sentido, a atividade jurisdicional imparcial, para Jairo Néia Lima (2011, p. 23-24), é àquela que não subordina o Poder Judiciário aos demais Poderes.

A imparcialidade, então, pressupõe a separação entre o juiz e o órgão acusador, de modo a impedir qualquer vinculação entre quem acusa e quem julga. A independência relaciona-se com a autonomia do Poder Judiciário, bem como a difusão da função jurisdicional entre sujeitos que não estejam hierarquicamente subordinados entre si. Já a naturalidade exige que o juiz natural da causa seja definido por critérios objetivos, para que a competência não seja comprometida.

Para além dessas garantias de ordem estrutural, a imparcialidade também se consolida no âmbito intelectual e moral do julgador. Trata-se, portanto, de uma exigência que combina condições objetivas e subjetivas para que haja equidistância. Por isso, a imparcialidade não é uma característica acessória ou formal, mas sim um elemento estruturante do sistema acusatório.

Além disso,

o processo como instrumento da jurisdição representa uma primeira garantia, em razão de que outras hão de operar, especialmente a imparcialidade e independência do juiz, o contraditório e a ampla defesa e a iniciativa da parte para a ação (*ne procedat iudex ex officio*), sacramentando-se, na medida do possível, a igualdade das partes (Prado, 2005, p. 87).

Em um Estado de Direito ou Democrático de Direito, “não há outro processo senão o acusatório, escorado na distribuição das principais funções processuais entre três sujeitos, de modo a dispensar o juiz da iniciativa da perseguição penal e garantir a sua imparcialidade” (Prado *apud* Grinover, 2005, p. 71). Por isso, a Constituição Federal desenha o modelo acusatório por meio de algumas regras. Além de a titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público, há o princípio do contraditório e da ampla defesa no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o devido processo legal, a presunção de inocência e outras garantias.

Em primeiro lugar,

o contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo (Lopes Junior, 2025, p. 84).

A atuação jurisdicional exige a observância do contraditório em sua dimensão substancial, impondo ao magistrado o dever de assegurar plena oportunidade de manifestação às partes. O processo penal pressupõe a participação ativa e paritária dos sujeitos processuais. Nessa perspectiva, o contraditório constitui não apenas uma formalidade procedimental, mas um princípio estruturante que viabiliza o exercício do direito de defesa. De acordo com Ada Pellegrini Grinover (1992, p. 63), a defesa manifesta-se por meio do contraditório, sendo ambos elementos indissociáveis à legitimidade do processo penal em um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, ainda que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal consagrem

formalmente a adoção do sistema acusatório, impõe-se uma crítica à atuação do Supremo Tribunal Federal. Conforme aponta Aury Lopes Junior (2025, p. 20), a Corte “resguarda a possibilidade de o juiz determinar a realização de diligências suplementares, para dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito”. Em outras palavras, não há vedação expressa à iniciativa probatória por parte do juiz, o que contraria os pressupostos do modelo garantista e do sistema acusatório.

3. A SUSPEIÇÃO E O IMPEDIMENTO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em decorrência dos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023, surgiram alegações de que o ministro relator Alexandre de Moraes estaria impedido por ser parte interessada no julgamento, uma vez que foram revelados planos de atentado contra sua pessoa. Por outro lado, as suas manifestações públicas e decisões anteriores no contexto do bolsonarismo foram interpretadas como expressões de juízo antecipado, configurando suspeição.

Nesse contexto, o objetivo deste capítulo é descrever os conceitos de suspeição e impedimento, conforme tratados pelo Código de Processo Penal, para compreender fundamentos dos institutos no ordenamento jurídico brasileiro. Eles existem como garantias essenciais à imparcialidade do julgador, característica estruturante do sistema acusatório, como já tratado no capítulo anterior.

Com base no artigo 252 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), o juiz está impedido de exercer jurisdição nos processos quando houver vínculo de parentesco, até o terceiro grau, com alguém que tenha atuado no processo como defensor, advogado, membro do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito. Também está impedido se ele próprio tiver exercido alguma dessas funções no caso ou atuado como testemunha. Além disso, o impedimento se configura quando o juiz já tiver se pronunciado sobre a causa em instância anterior, ou ainda, se ele, seu cônjuge ou parente até o terceiro grau for parte ou diretamente interessado no feito. São hipóteses objetivas que, uma vez configuradas, impedem a atuação do magistrado, visando à preservação da imparcialidade.

Por outro lado, as hipóteses de suspeição no processo penal estão previstas no artigo 254 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), ou seja, situações em que a imparcialidade pode estar subjetivamente comprometida, permitindo que ele se declare suspeito ou seja recusado por qualquer das partes. São previstas seis situações que indicam possível envolvimento pessoal ou interesse indireto no processo. O juiz será considerado suspeito se for amigo íntimo ou inimigo declarado de qualquer das partes; se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente estiver respondendo a processo por fato semelhante ao julgado; se ele ou parente próximo estiver litigando com alguma das partes;

se tiver aconselhado qualquer das partes; se for credor, devedor, tutor ou curador de uma das partes; ou ainda, se for sócio, acionista ou administrador de empresa interessada no desfecho do processo. Ainda, o artigo 561, inciso I, dispõe que haverá nulidade por suspeição (Brasil, 1941).

A natureza objetiva do impedimento e a subjetiva da suspeição demonstram que o distanciamento do juiz deve ser pessoal e institucional. Luigi Ferrajoli (2002, p. 465-466) afirma que o juiz deve estar completamente isento de qualquer interesse pessoal ou vantagem privada em relação ao desfecho da causa, por isso “é necessária a possibilidade de recusa do juiz por qualquer das partes interessadas”. Sua função jurisdicional se justifica, do ponto de vista ético e político, por dois valores fundamentais que conferem sentido à sua atuação: a busca pela verdade e a proteção dos direitos fundamentais. Por isso “o juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa” (Ferrajoli, 2002, p. 464).

Para Geraldo Prado (2005, p. 180),

é preciso destacar, no entanto, que nas hipóteses de impedimento e suspeição a filosofia que orienta a preservação da imparcialidade deve cuidar de restringir os casos de recusa do juiz, desde que não prevaleça o pensamento autoritário que dedica ao magistrado função punitiva, em substituição àquela que as constituições lhe impõem juridicamente, tal seja, a de apreciar e resolver de forma isenta a questão levada a juízo. A questão da imparcialidade do juiz, conforme o princípio acusatório, contudo, não fica limitada aos termos postos anteriormente. O exercício da jurisdição, em um Estado Constitucional Democrático, está, tanto quanto o exercício de qualquer outro poder no âmbito deste Estado, condicionado a regras de impessoalidade.

Assim, independentemente da forma pela qual se dê a atuação judicial voltada à comunicação formal da possível ocorrência de um delito a ser investigado, o juiz que assume a iniciativa de noticiar o fato acaba comprometendo sua imparcialidade. Ao abandonar a equidistância da acusação e da defesa, o magistrado atua como verdadeiro informante ou impulsionador da persecução penal e deixa de exercer a função jurisdicional no desenho constitucional. Nesse sentido que Ferrajoli (2002, p. 464-465) afirma que “são necessárias também garantias procedimentais específicas – relativas à condução da fase instrutória, à publicidade do juízo, às modalidades do interrogatório e em geral às técnicas de formação e contestação das provas (...)”.

Quanto à publicidade do juízo, em oposição à visão do sistema garantista, que considera rompido o princípio da imparcialidade judicial sempre que o juiz toma a iniciativa de comunicação, encontra-se a teoria de Ada Pellegrini Grinover. Para a autora, o processo penal não pode ser concebido apenas como um instrumento de disputa entre partes com plena disponibilidade dos meios probatórios. Ao contrário, o juiz desempenha função essencial à realização da justiça e à pacificação social, valores que são indissociáveis da função jurisdicional e dos próprios fins do Estado. Assim,

o papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova. (Grinover, 1999, p. 73).

Na concepção publicista do processo, o magistrado não deve se limitar a atuar como espectador passivo. Sua função exige participação ativa, sobretudo no que se refere à condução da instrução. Isso não significa, segundo Ada, a quebra da imparcialidade, mas sim o exercício legítimo de um dever funcional: o de estimular o contraditório real, equilibrar desigualdades entre as partes e buscar, de forma efetiva, a verdade dos fatos. A imparcialidade, portanto, não se compromete pela atuação proativa do juiz, desde que toda produção de prova, seja ela determinada de ofício ou provocada pelas partes, esteja sujeita ao contraditório (Grinover, 1999, p. 75).

Assim, para ela, a iniciativa judicial em determinadas fases do processo não deve ser interpretada como comprometimento da imparcialidade, mas sim como expressão de um modelo processual que compreende o processo como instrumento de tutela de direitos fundamentais e de promoção da justiça substancial. Nesse sentido, “pacificar com justiça é a finalidade social da jurisdição e quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da paz social” (Grinover, 1999, p. 77).

Entretanto, a função social do processo não autoriza o afastamento do juiz de sua posição institucional equidistante, tampouco legitima a sua atuação em favor da acusação ou da defesa. A atuação encontra limites quando confrontada com os princípios estruturantes do sistema acusatório, especialmente no que tange ao Supremo Tribunal Federal processando e julgando em um contexto de crise democrática, como nos atos do 8 de janeiro de 2023. A paz social não pode ser compreendida como justificativa para ampliar o protagonismo judicial de forma a comprometer a equidistância que deve caracterizar a função jurisdicional.

4. A (IM)PARCIALIDADE NO JULGAMENTO DOS CRIMES DO 8 DE JANEIRO DE 2023

Conforme discutido nos capítulos anteriores, a imparcialidade é essencial no processo penal em um Estado Democrático de Direito, sendo assegurada por meio de instrumentos normativos como a suspeição e o impedimento, previstos no Código de Processo Penal. A proteção desse princípio exige também o distanciamento institucional e a neutralidade do julgador frente às partes e aos interesses em conflito. Por isso, o presente capítulo tem como objetivo analisar a arguição de suspeição apresentada no âmbito do julgamento dos crimes relacionados aos atos de 8 de janeiro de 2023 e seus efeitos sobre a imparcialidade do julgamento.

Desenvolveu-se uma pesquisa empírica a partir da análise das ações penais relacionadas

aos atos de 8 de janeiro de 2023, com abordagem qualitativa, pois a investigação recai sobre o conteúdo e os efeitos jurídicos das decisões. A análise qualitativa permite compreender os sentidos jurídicos atribuídos pelo Supremo Tribunal Federal à imparcialidade do julgador e às arguições de suspeição apresentadas, a partir da argumentação jurídica contida nos votos e acórdãos.

Os dados foram produzidos por meio de levantamento documental direto no site oficial do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se a ferramenta de pesquisa jurisprudencial disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>. Para a identificação dos acórdãos e decisões pertinentes ao objeto deste estudo, foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “arguição de suspeição crimes contra o estado democrático de direito”, “agravo regimental contra decisão que negou seguimento à arguição de suspeição do relator de processo” e “arguição de suspeição jornal O Globo”. O recorte temporal da pesquisa abrangeu o período de 09 de janeiro de 2023 (um dia após os atos antidemocráticos) a 09 de julho de 2025 (data da finalização deste artigo).

A busca resultou na identificação de 14 decisões relacionadas à expressão “arguição de suspeição jornal O Globo”, 15 decisões vinculadas à expressão “arguição de suspeição crimes contra o Estado Democrático de Direito” e 8 decisões referentes à expressão “agravo regimental contra decisão que negou seguimento à arguição de suspeição do relator de processo”. Produziu-se, com os dados, a tabela abaixo:

PALAVRAS-CHAVE	TOTAL
“Arguição de suspeição jornal O Globo”	14
“Arguição de suspeição crimes contra o estado democrático de direito”	15
“Agravo regimental contra decisão que negou seguimento à arguição de suspeição do relator de processo”	8

Tabela 2: Acórdãos de 09/01/2023 até 09/07/2025. Fonte: elaborado pela autora (2025).

Optou-se por delimitar a pesquisa aos 8 acórdãos que tratam de agravos regimentais interpostos contra decisões que negaram seguimento às arguições de suspeição. A escolha metodológica justifica-se pela recorrência de casos nos quais as arguições de suspeição foram apenas suscitadas, sem que tivessem ultrapassado a fase inicial de admissibilidade. Assim, os agravos regimentais se mostraram mais adequados à análise por evidenciarem o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à rejeição de alegações genéricas de parcialidade e à exigência de

fundamentação concreta para o reconhecimento da suspeição do relator.

Dos acórdãos analisados, verifica-se que o Agravo Regimental no AS 121, de relatoria da ministra Rosa Weber, não se relaciona diretamente com a temática da presente pesquisa. Isso porque a demanda principal versa sobre arguição de suspeição em face do ministro Alexandre de Moraes, em razão de sua atuação nos inquéritos n.º 4.781 (conhecido como “inquérito das *fake news*”), n.º 4.874 (inquérito das milícias digitais antidemocráticas), e na Petição n.º 9.844, que veicula denúncia contra o arguente por fatos conexos àqueles apurados nos referidos inquéritos. Assim, o objeto da arguição não tem relação com a discussão sobre suspeição em processos ligados aos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023.

Do mesmo modo, o Agravo Regimental no MS 40.093, de relatoria do ministro Flávio Dino, versa sobre a atuação da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul (MP/MS). No caso, a parte agravante pleiteava a aplicação de penalidades a membros do MP/MS por sua atuação em Ação Penal específica. Não se trata, portanto, de discussão acerca da imparcialidade de ministro do Supremo Tribunal Federal no contexto do 8 de janeiro de 2023.

Assim, restam identificados seis acórdãos que se relacionam diretamente com a palavra-chave “agravo regimental contra decisão que negou seguimento à arguição de suspeição do relator de processo” e com o objeto da presente pesquisa. Em todos eles, os agravantes sustentam a tese de que o ministro Alexandre de Moraes teria comprometido sua imparcialidade ao reconhecer, em entrevista concedida ao jornal *O Globo*, que orientou a atuação do governo federal no enfrentamento dos atos criminosos que culminaram na invasão das sedes dos Três Poderes, em 8 de janeiro de 2023.

Veja-se a ementa do Agravo Regimental no AS 135, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso que sintetiza o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos demais casos analisados:

Ementa: Direito Processual Penal. Agravo regimental em arguição de suspeição. Ausência dos pressupostos autorizadores. Falta de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Recurso não conhecido. I. Caso em exame 1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento à arguição de suspeição do relator de processo criminal que apura crimes relacionados aos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023. II. Questão em discussão 2. Há duas discussões sucessivas no presente caso: (i) saber se estão presentes os requisitos de admissibilidade do agravo regimental; (ii) em caso positivo, saber se é possível reconhecer a suspeição da autoridade arguida. III. Razões de decidir 3. A ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada impede o conhecimento do recurso. Precedentes. 4. A arguição de suspeição pressupõe demonstração clara, objetiva e específica da parcialidade do julgador, nos termos do art. 254, IV, c/c o art. 564, I, do CPP e dos arts. 277 e 278 do RI/STF. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a suspeição e o impedimento somente são passíveis de caracterização em hipóteses excepcionais e taxativas. Não são admitidas, portanto, alegações genéricas que não demonstrem a concreta ocorrência das situações que comprometam a parcialidade do

juizador. Precedentes. 6. Os fatos narrados na petição inicial não caracterizam, minimamente, as situações legais que comprometeriam a parcialidade do juizador para o legítimo exercício da jurisdição. Entendimento alinhado com numerosos precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal, envolvendo os atos antidemocráticos do 8 de janeiro de 2023. IV. Dispositivo 7. Agravo regimental não conhecido. _____ Atos normativos relevantes citados: Código de Processo Penal, arts. 3º, 254, IV, e 564, I; Código de Processo Civil, arts. 932, III, e 1.021, § 1º; Regimento Interno do STF, arts. 277 e 278. Jurisprudência relevante: AS 103-AgR (2023), Rel. Min. Luiz Fux; Rcl 61.410-AgR (2024), Rel. Min. Edson Fachin; APs 1.136, 1.141, 1.370, 1.378, 1.384, 1.406, 2.331, 2.335, 2.339 e 2.405, todas da relatoria do Min. Alexandre de Moraes. (AS 135 AgR, Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 16-12-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 07-01-2025 PUBLIC 08-01-2025)

Na entrevista (*O Globo*, *on-line*, 2024), ministro Alexandre de Moraes relata que a investigação da Polícia Federal identificou três planos dirigidos contra ele em caso de um golpe de Estado no dia 8 de janeiro de 2023. Disse que havia a previsão de que forças especiais do Exército o prenderiam em um domingo e o transfeririam para Goiânia; que seria descartado o seu corpo no percurso; e que havia a ideia extrema de enforcá-lo na Praça dos Três Poderes em Brasília. Ele destacou que esses planos demonstram o grau de ódio e agressividade dos golpistas, que não faziam distinção entre a pessoa física e a instituição que ele representa.

No voto, os julgados afirmam que a arguição de suspeição deve observar estritamente as hipóteses previstas no artigo 254 do Código de Processo Penal e nos artigos 277 e 278 do Regimento Interno do STF, rol que é tratado como taxativo. Nesse contexto, o artigo 277 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece que os ministros devem declarar-se impedidos ou suspeitos quando presentes as hipóteses legais, excetuando-se os casos em que tenham atuado anteriormente no mesmo processo ou no processo originário no Tribunal Superior Eleitoral, situação em que, se possível, serão apenas excluídos da distribuição futura. Já o artigo 278 determina que a arguição de suspeição deve ser dirigida ao Presidente da Corte ou ao Vice-Presidente, se aquele for o recusado, exigindo-se que a petição esteja acompanhada dos documentos que comprovem os fundamentos da alegação e, se for o caso, do rol de testemunhas.

Concluiu-se que todos os agravos regimentais examinados foram denegados ou não providos, sob o fundamento de que não foi demonstrado de forma objetiva que a parcialidade do ministro relator Alexandre de Moraes estivesse presente, limitando-se a alegações genéricas, que, por si só, não configuram a suspeição. Em resumo, as arguições de suspeição não atendem aos requisitos para configurar hipótese de comprometimento da imparcialidade do relator.

Contudo, observa-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal, ao adotar a aplicação estrita das hipóteses legais de suspeição previstas no artigo 254 do Código de Processo Penal e nos artigos 277 e 278 do Regimento Interno, releva um distanciamento do sistema garantista de Luigi Ferrajoli e do próprio sistema acusatório tratados nessa pesquisa. Isso porque, a imparcialidade

como fator estruturante não pode se limitar a uma análise meramente objetiva.

O fato de o relator Alexandre de Moraes ter sido diretamente ameaçado por planos de atentado relacionados aos atos antidemocráticos do 8 de janeiro de 2023 já caracteriza a suspeição em sua atuação nas medidas de investigação, nas decretações de prisões, no recebimento de denúncias e na condução de interrogatórios, além de manifestações públicas que evidenciam a antecipação de juízo. Ainda que esses elementos não configurassem, isoladamente, causa de suspeição, eles desafiam a imparcialidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo analisar a imparcialidade judicial à luz do sistema acusatório brasileiro, especialmente diante das decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às arguições de suspeição suscitadas no contexto dos julgamentos dos crimes ocorridos em 8 de janeiro de 2023. O desenvolvimento teórico e empírico permitiu verificar em que medida a atuação da Corte se alinha às garantias estruturantes do devido processo penal, notadamente a separação entre as funções de acusar e julgar.

No primeiro capítulo, demonstrou-se que a imparcialidade judicial é um pressuposto essencial do modelo acusatório e vai além de uma postura subjetiva do magistrado. Trata-se de uma garantia institucional e estrutural, sustentada por princípios constitucionais como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural e a proibição da iniciativa probatória judicial. Essa configuração exige a equidistância do juiz em relação às partes e a sua completa desvinculação de qualquer interesse no resultado do processo.

O segundo capítulo aprofundou a análise dos institutos da suspeição e do impedimento no processo penal, destacando seus fundamentos legais e sua função como instrumentos de proteção da imparcialidade. A diferenciação entre as causas objetivas (impedimento) e subjetivas (suspeição) evidencia a necessidade de preservar não apenas a neutralidade efetiva do julgador, mas também a aparência de imparcialidade, fundamental para a legitimidade do sistema de justiça. Ainda que existam divergências doutrinárias sobre a extensão do papel do juiz no processo penal, a atuação proativa deve ser compatível com os limites constitucionais impostos ao exercício da jurisdição.

No terceiro capítulo, a análise empírica de decisões do STF permitiu constatar que as arguições de suspeição interpostas contra o relator dos processos referentes ao 8 de janeiro foram rejeitadas sem exame aprofundado do mérito. As decisões demonstram uma aplicação estrita dos artigos 277 e 278 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, exigindo provas documentais sólidas para a admissibilidade do incidente. As decisões deixam de enfrentar o conteúdo das alegações e afastam a possibilidade de controle da imparcialidade judicial.

Diante disso, confirmou-se a hipótese formulada no início do trabalho: a negativa de seguimento às arguições de suspeição, quando fundamentada exclusivamente na ausência de provas formais e sem análise substancial dos elementos apresentados, pode representar um enfraquecimento das garantias fundamentais do modelo acusatório.

Evidencia-se, assim, a necessidade de refletir academicamente sobre os critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal em situações que envolvem riscos à imparcialidade do julgador. Em um Estado Democrático de Direito, a imparcialidade judicial não é apenas um requisito formal, mas condição de validade do processo penal e da própria função jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Código Penal. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 165*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso (Presidente). Tribunal Pleno. Julgado em 16 de dezembro de 2024. Processo Eletrônico. DJe-s/n (divulgação em 20 de março de 2025). Publicado em 21 de março de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no AImp 177*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso (Presidente). Tribunal Pleno. Julgado em 21 de março de 2025. Processo Eletrônico. DJe-s/n (divulgação em 3 de abril de 2025). Publicado em 4 de abril de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no AImp 178*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso (Presidente). Tribunal Pleno. Julgado em 21 de março de 2025. Processo Eletrônico. DJe-s/n (divulgação em 3 de abril de 2025). Publicado em 4 de abril de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no AImp 179*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso (Presidente). Tribunal Pleno. Julgado em 21 de março de 2025. Processo Eletrônico. DJe-s/n (divulgação em 3 de abril de 2025). Publicado em 4 de abril de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no ARE 135*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso (Presidente). Tribunal Pleno. Julgado em 16 de dezembro de 2024. Processo Eletrônico. DJe-s/n (divulgação em 7 de janeiro de 2025). Publicado em 8 de janeiro de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no AS 121*. Relatora: Min. Rosa Weber (Presidente). Tribunal Pleno. Julgado em 13 de fevereiro de 2023. Processo Eletrônico. DJe-s/n (divulgação em 16 de fevereiro de 2023). Publicado em 17 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no AS 235*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso (Presidente). Tribunal Pleno. Julgado em 21 de março de 2025. Processo Eletrônico. DJe-s/n (divulgação em 2 de abril de 2025). Publicado em 3 de abril de 2025. Republicado no DJe-s/n (divulgação em 3 de abril de 2025). Publicado em 4 de abril de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no MS 40093*. Relator: Min. Flávio Dino. Primeira Turma. Julgado em 25 de junho de 2025. Processo Eletrônico. DJe-s/n (divulgação em 27 de junho de 2025). Publicado em 30 de junho de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Apelação nº 1.464*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em 16 de dezembro de 2024. Processo Eletrônico. DJe-s/n (divulgação em 20 de março de 2025). Publicado em 21 de março de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança no Pet 12.100*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. Julgado em 26 de março de 2025. Processo Eletrônico. DJe-s/n (divulgação em 10 de abril de 2025). Publicado em 11 de abril de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF*. Brasília: STF, [s.d.]. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConcursoPublico/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; KHALED JR., Salah H.; DIVAN, Gabriel. Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 73-107. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023. DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8381441>]. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rl&marg=DTR-2023-9994>

GRINOVER, Ada Pelegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 27, jul./set., 1999.

LIMA, Jairo Néia. *A concretização ativa dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo por meio da superação do legado epistemológico-positivista da neutralidade*. In: *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. – Curitiba, PR: ABDConst., 2011. p. 11-36*. Disponível em: <https://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>. Acesso em: 09 de jul. 2025.

LOPES JUNIOR., Aury. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

MORAES, Alexandre de. ‘Um dos planos era me prender e enforcar após o golpe’, diz Moraes em entrevista um ano depois do 8/1. *O Globo*, 6 jan. 2024. Entrevista concedida a Bela Megale. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/especial/um-dos-planos-era-me-prender-e-enforcar-apos-o-golpe-diz-moraes-em-entrevista-um-ano-depois-do-81-video.ghml>. Acesso em: 9 jul. 2025.

MORAES, Alexandre de. *Um dos planos era me prender e enforcar após o golpe*. Entrevista ao *O Globo*. YouTube, 6 jan. 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pYbwcrDonVY&t=39s>. Acesso em: 9 jul. 2025.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

ESTADO DE PERMANENTES VIOLAÇÕES E POPULISMO REACIONÁRIO NO BRASIL: APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA E OS PL'S 321/2023 E 5954/2023

Carla Graia CORREIA¹
Isadora Ribeiro CORREA²

RESUMO

O artigo analisa criticamente a trajetória e os desafios contemporâneos das audiências de custódia no Brasil, com ênfase nas implicações dos Projetos de Lei 321/2023 e 5954/2023. Instituídas em 2015 pela Resolução 213 do CNJ, as audiências de custódia representam um mecanismo essencial de controle da legalidade da prisão e de combate à tortura. No entanto, a proposta de sua realização por videoconferência — impulsionada durante a pandemia da COVID-19 — e os recentes projetos legislativos refletem um cenário de retrocesso normativo, sob influência de um populismo penal reacionário. A pesquisa, de abordagem dedutiva, argumenta que essas mudanças comprometem garantias fundamentais ao enfraquecer o contato direto entre o juiz e o preso, inviabilizando a identificação de abusos e desumanizando o processo penal. O estudo contextualiza historicamente o instituto das audiências, discute sua base constitucional e internacional, e apresenta dados que evidenciam o impacto negativo da videoconferência sobre sua eficácia. Por fim, ao examinar os PL's 321/2023 e 5954/2023, o artigo os situa no contexto de um populismo reacionário que, sob a justificativa de eficiência e segurança pública, busca endurecer o sistema penal em detrimento de direitos fundamentais. A análise alerta para os riscos de institucionalização de práticas autoritárias e a necessidade de vigilância democrática frente ao avanço de discursos punitivistas no campo legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: audiência de custódia; Direitos Humanos; populismo reacionário; processo penal.

- 1 Doutoranda e mestra em Ciência Jurídica, bolsista de Pós-Graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES - (2022- atual), pós graduanda em Política Criminal, Segurança Pública e Direito Penal pela Faculdade Líbano. Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade CERS e bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. (2021). Licenciada em Ciências Sociais e bacharela em Ciências Sociais com habilitação em Antropologia pela Universidade Estadual de Campinas - Unicamp (2006-2011). Atualmente, é membra do grupo de pesquisa: Direitos: Estado e Bioética, liderado pela Professora Dra. Carla Bertoni e Professor Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes. Desenvolveu pesquisas científicas sobre Encarceramento Feminino e o impacto de Políticas Criminais; Mídia e Misoginia em casos de violências contra às mulheres, sob orientação do Prof. Doutor Fernando de Brito Alves, ambas em caráter de Iniciação Científica como bolsista financiada pelo CNPq e pela Fundação Araucária - PR. Realizou estágio de nível superior no Núcleo de Estudos de Políticas Públicas (NEPP - Unicamp), auxiliando na Avaliação Continuada do Programa de Formação Interdisciplinar Superior-PROFIS/UNICAMP. Desenvolve estudos na área de Ciências Sociais, com ênfase em Políticas Públicas, População e Direitos fundamentais; Direito, com ênfase em Direitos fundamentais das mulheres e estudos de gênero; Direito Penal com ênfase em Políticas Criminais de Drogas, Racismo, Estado Punitivo e Criminologia e Direito Antidiscriminatório.
- 2 Doutoranda (2024-atual) e Mestra (2023) em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, com Área de Concentração em 'Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão'. Bolsista de Pós-Graduação CAPES - Doutorado (03/2025-atual). Especialização lato sensu em andamento em Direito e Processo do Trabalho, pela Faculdade Legale (2025-atual). Foi bolsista de Pós-Graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES durante o Mestrado, com dedicação exclusiva (2022-2023). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2022). Integrante do Grupo de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais (2024-atual), desenvolvido na UENP. Possui experiência de pesquisa e produção científica em Direito Penal I e II e Criminologia, e experiência de docência em Direito Penal I e II, Criminologia e Processo Civil. Advogada atuante em litígios de Direito das Famílias e Direito do Trabalho, e em conciliações e negociações extrajudiciais. Contato: correa.isadoraribeiro@gmail.com.

ABSTRACT

This article critically analyzes the trajectory and contemporary challenges of custody hearings in Brazil, with an emphasis on the implications of Bills 321/2023 and 5954/2023. Established in 2015 by CNJ Resolution 213, custody hearings represent an essential mechanism for ensuring the legality of arrests and combating torture. However, the proposal to conduct these hearings via videoconference — a practice intensified during the COVID-19 pandemic — along with recent legislative initiatives, reflects a scenario of normative regression, influenced by reactionary penal populism. Using a deductive approach, the study argues that such changes compromise fundamental guarantees by weakening direct contact between judge and detainee, hindering the identification of abuses, and dehumanizing the criminal process. The article provides a historical context for the custody hearing institution, discusses its constitutional and international foundations, and presents data demonstrating the negative impact of videoconferencing on its effectiveness. Finally, in examining Bills 321/2023 and 5954/2023, the article situates them within the broader context of reactionary populism, which, under the guise of efficiency and public security, seeks to harden the penal system at the expense of fundamental rights. The analysis warns of the risks of institutionalizing authoritarian practices and highlights the need for democratic vigilance in response to the rise of punitive rhetoric in the legislative sphere.

KEYWORDS: custody hearing; Human Rights; reactionary populism; criminal procedure.

1 INTRODUÇÃO

A implementação das audiências de custódia no Brasil representa um marco significativo na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente no que tange ao controle da legalidade das prisões ilegais ou desnecessárias e à proteção contra abusos e torturas.

Nas últimas décadas, o sistema de justiça criminal brasileiro tem oscilado entre avanços institucionais pontuais e o recrudescimento de práticas estatais que ignoram garantias constitucionais básicas. Nesse contexto, as audiências de custódia emergiram como uma resposta civilizatória ao uso sistemático da prisão provisória e aos índices alarmantes de violência institucional, sobretudo contra populações vulnerabilizadas.

No entanto, sua efetividade vem sendo constantemente questionada por discursos políticos que associam garantias processuais ao enfraquecimento da segurança pública, ignorando dados empíricos e tratados internacionais que sustentam sua importância. Essa evidente tensão reflete uma disputa mais ampla sobre os sentidos da legalidade penal em tempos de crise democrática e de avanço de agendas autoritárias.

Ao se analisar as recentes tentativas legislativas que propõem alterações profundas no modelo das audiências de custódia — especialmente no sentido de permitir ou consolidar sua realização por videoconferência — torna-se evidente a atuação de um populismo penal reacionário. Trata-se de um fenômeno político-jurídico que, sob o pretexto de eficiência e combate ao crime, propõe o esvaziamento de garantias fundamentais, favorecendo a espetacularização do sistema

penal e a legitimação de práticas violadoras de direitos. Os Projetos de Lei 321/2023 e 5954/2023 devem, portanto, ser lidos como expressões desse movimento, que instrumentaliza o medo social para justificar o retrocesso normativo e institucional no campo das liberdades civis e do devido processo legal.

Instituídas em 2015 pela Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e amparadas por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, as audiências têm como principal finalidade assegurar que qualquer pessoa presa em flagrante seja apresentada, sem demora, a um juiz competente, promovendo uma avaliação inicial sobre a legalidade da prisão e as condições de tratamento do detido.

Em um primeiro momento, este artigo irá explorar a contextualização histórica e os marcos legais que regulamentam as audiências de custódia, destacando seus objetivos e a importância no sistema de justiça criminal brasileiro. Em seguida, será realizada uma análise crítica das audiências de custódia por videoconferência, prática que ganhou relevância durante a pandemia de COVID-19, suscitando debates sobre sua eficácia e impacto nos direitos dos detidos.

Por fim, serão examinados os Projetos de Lei 321/2023, de autoria da deputada Julia Zanatta³, e 5954/2023, do deputado Kim Kataguirí⁴. Ambos os projetos propõem modificações substanciais no procedimento das audiências de custódia, e sua análise será conduzida à luz da noção de populismo reacionário. Essa perspectiva crítica permitirá avaliar em que medida tais propostas legislativas refletem tendências políticas contemporâneas, potencialmente influenciadas por discursos que buscam fortalecer políticas punitivistas em detrimento de garantias fundamentais.

O método de pesquisa empregado é o dedutivo ao partir de uma noção mais ampla de audiências de custódia para analisar as audiências de custódia por videoconferência e sua

3 A deputada federal Júlia Zanatta (PL-SC) é uma figura política alinhada ao campo da direita radical no Brasil, associada ao bolsonarismo e às pautas ultraconservadoras no Congresso Nacional. Eleita em 2022, sua atuação parlamentar tem sido marcada por proposições legislativas de viés punitivista e por discursos públicos que tensionam direitos fundamentais em nome de uma suposta defesa da moral, da segurança e das liberdades individuais. Autora do Projeto de Lei nº 321/2023, que propõe alterações nas audiências de custódia, Zanatta também tem protagonizado iniciativas legislativas contrárias à obrigatoriedade vacinal e à proteção de políticas públicas de saúde, sendo alvo de representação na Advocacia-Geral da União por disseminação de desinformação sanitária. Além disso, suas recentes declarações xenofóbicas sobre o perfil ideológico de imigrantes em Santa Catarina evidenciam um discurso de exclusão que instrumentaliza o medo e o conservadorismo cultural para fins políticos. Sua trajetória legislativa e retórica exemplificam o fenômeno do populismo reacionário, no qual demandas sociais complexas são reduzidas a slogans de combate à criminalidade, à “ameaça ideológica” e à intervenção estatal, com a consequente erosão de garantias constitucionais e direitos fundamentais.

4 Kim Kataguirí é deputado federal por São Paulo (União Brasil) e figura de destaque da nova direita liberal brasileira, tendo ganhado notoriedade como um dos líderes do Movimento Brasil Livre (MBL). Sua atuação parlamentar tem se caracterizado pela defesa de uma agenda punitivista e tecnocrática, como exemplifica o PL 5954/2023, de sua autoria, analisado nesse artigo. Recentemente, envolveu-se em embates simbólicos no plenário da Câmara, como no episódio de confronto verbal com a deputada Célia Xakriabá durante a votação do projeto de licenciamento ambiental, o que evidencia uma estratégia discursiva combativa e alinhada ao populismo reacionário.

incompatibilidade com o arcabouço que lhe dá fundamento. Ainda sobre o populismo reacionário enquanto conceito geral para interpretar especificamente os projetos de lei nº 321/2023 e nº 5954/2023 relacionados às audiências de custódia. A abordagem dedutiva consiste em partir de princípios amplos e estabelecidos para chegar a conclusões específicas e aplicadas a casos particulares, permitindo uma análise crítica e aprofundada das propostas legislativas em questão à luz do contexto político e social do populismo reacionário.

Ao abordar essas temáticas, espera-se contribuir para o debate jurídico e político sobre as audiências de custódia no Brasil, oferecendo uma visão abrangente e crítica das recentes propostas legislativas e de suas implicações para a justiça e os direitos humanos no país.

2 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E MARCOS LEGAIS

Lecionam Aury Lopes e Caio Paiva (2014, p. 161) que a prisão tem sido a protagonista no *teatro* penal brasileiro, dividindo espaço, eventualmente, com algumas medidas cautelares apenas para fazer figuração, sem o propósito de se mudar substancialmente a realidade prisional.

Relembra-nos os autores que desde a edição da Lei 12.403/2011, a qual assentou que a prisão deveria ser a *ultima ratio* das medidas cautelares, já havia sido alterado o artigo 310 do CPP para dispor que ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: “(i) relaxar a prisão, (ii) convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares não constritivas de liberdade, ou (iii) conceder liberdade provisória” (Lopes Jr.; Paiva, 2014, p. 163). Contudo, na prática, a prisão continuou a ser a primeira opção dos agentes punitivos do Estado, em flagrante desrespeito aos direitos humanos e à Constituição Federal.

Assim, a recomendação de se implementar a realização das audiências de custódia no processo penal brasileiro, encontra sua fundamentação, em primeiro lugar, em dois tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o país já era signatário há mais de vinte anos: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, motivo pelo qual Lopes Jr. argumenta que o devido processo penal deve ser legal, constitucional e convencional (Lopes Jr.; Paiva, 2014, p. 164).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi implementada internamente no dia 6 de novembro de 1992 através do Decreto nº 678/92. Ambos os pactos abordam principalmente os direitos fundamentais de todas as pessoas, e o

primeiro assim estabelece em seu artigo 9º, item 3,

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (Brasil, 1992^a)

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por seu turno, dispõe no artigo 7º, item 6, que,

Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. (Brasil, 1992b).

Em que pese a ratificação do Brasil aos tratados internacionais mencionados, a norma geral presente nesses documentos não foi suficiente para que a sistemática da audiência de custódia funcionasse plenamente. Por esta razão, houve por parte do Poder Legislativo a propositura do projeto de lei nº 554/2011, que alteraria o artigo 306 do Código de Processo Penal para incluir a apresentação do autuado à autoridade judicial imediatamente após a prisão em flagrante.

Desde a proposição desse projeto, várias organizações de defesa dos Direitos Humanos expressaram apoio à sua aprovação. Entre elas, a Associação pela Reforma Prisional (ARP), o Conectas Direitos Humanos, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e o Instituto de Defensores de Direitos Humanos (DDH).

No embalo dessa movimentação, nos anos de 2012, 2013 e 2014, o informativo da Rede Justiça Criminal - coalizão composta por nove organizações da sociedade civil que luta para reverter a lógica do encarceramento em massa e as violações aos direitos humanos - destacou a relevância das audiências de custódia, fornecendo embasamento teórico e jurisprudencial. Além disso, promoveu debates com o Senado, o IDDD e outras organizações (RJC, 2024).

Nesta esteira, em 2014, o IDDD realizou uma audiência pública para discutir a aprovação do projeto de lei relacionado às audiências de custódia e contribuiu na ação civil pública nº 8837-91.2014.4.01.3200 ajuizada pela DPU na Justiça Federal do Amazonas. Contudo, em 2015 a ação civil foi extinta devido ao não reconhecimento da DPU como órgão legítimo para ajuizar ações dessa natureza (IDDD, 2024).

Apesar desses esforços, a morosidade legislativa na aprovação do PL 554/2011 e a falta de uma norma sistematizada resultaram no incremento de prisões ilegais e uso excessivo de prisões preventivas pelas quais o Estado brasileiro já havia sido questionado pela Organização dos Estados

Americanos (OEA) e pelo Grupo de Trabalho sobre Prisões Arbitrárias da Organização das Nações Unidas (ONU). Em resposta, o CNJ implementou um projeto piloto de audiência de custódia em São Paulo, com o intuito de viabilizar a plena efetivação dos tratados internacionais e consolidar o que já estava acontecendo no plano judicial (Ministério da Justiça, 2016, pp. 15-16).

Desta feita, em 15 de dezembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentou o projeto de audiência de custódia à 223ª Sessão Ordinária, onde foi aprovado por unanimidade, promulgando-se então a resolução nº 213/15, que originou o regramento sobre a realização das audiências de custódia nos tribunais. Foram realizadas diversas alterações até que a resolução alcançasse a formatação atual, na qual ficou estabelecido que a audiência de custódia é:

(...) uma ação [...] mediante a qual o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas. Acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o autuado será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão (Brasil, 2015, p. 10).

Para além de definir em que consiste a audiência de custódia, a resolução 213/2015, precisamente em seu artigo 8º elenca que, dentre as principais atribuições do juiz em relação à pessoa presa, estão: esclarecer a situação do preso, assegurando que ele não esteja algemado, exceto em casos de resistência ou risco à integridade física; garantir seus direitos, incluindo o de permanecer em silêncio; consultar um advogado ou defensor público; ser atendido por um médico e comunicar-se com a família; indagar sobre as circunstâncias da prisão, o tratamento recebido pelo preso e possíveis ocorrências de tortura ou maus-tratos, adotando as providências necessárias, etc. (Brasil, 2015, p. 10-11)

Dito de outro modo, a audiência de custódia deve ser o momento apto a verificar a necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva ou de liberar o custodiado com medidas cautelares, racionalizando assim, o uso das prisões preventivas; analisar individualmente a situação concreta para estabelecer protocolos de atuação para prevenção e combate à tortura e maus-tratos na prisão, encaminhando as providências necessárias.

Conforme, Azevedo; Sinhoretto e Silvestre (2022, p. 272) anteriormente à resolução do CNJ, a prática rotineira dos juízes consistia basicamente em analisar a documentação referente à prisão provisória e decidir apenas com base no pedido de conversão da prisão flagrante em preventiva. A partir da implementação das audiências de custódia, o que se buscou foi o reforço do caráter acusatório do processo penal, em uma fase do processo na qual as características inquisitoriais tendiam a prevalecer para a maioria dos acusados.

Assim, a diligência do CNJ para aprimorar o projeto resultou na criação do Programa Justiça Presente, em parceria com o Conselho do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes (UNODC) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), atualmente conhecido como "Fazendo Justiça". O programa, em andamento em todos os estados e no Distrito Federal, produziu diversas publicações relevantes sobre decisões judiciais, proteção social e combate à tortura e demais práticas violadoras de direitos humanos.

No tocante aos marcos legais das audiências de custódia no Brasil, o próximo e relevante ponto a ser destacado é sua consolidação normativa no ordenamento jurídico através da Lei 13.964/2019 – popularmente conhecida como “Pacote Anticrime” porque fora introduzida pelo Projeto Anticrime - o qual ensejou diversas alterações no Código de Processo Penal, no Código Penal, na Lei de Execução Penal, na Lei dos Crimes Hediondos, entre outras legislações penais e processuais penais.

Importa destacar, nesse contexto, que o "Projeto de Lei Anticrime" é de autoria do então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, e que sua aprovação nas duas Casas do Congresso Nacional após menos de um ano de tramitação somente foi possível através de acordos políticos e estratégias discursivas que garantiram sua legitimação.

Originalmente, o projeto de lei intencionava “dar uma resposta” à sociedade, focando no endurecimento das leis penais e processuais penais e utilizando o argumento de que tais medidas eram necessárias para combater a corrupção, o crime organizado e os crimes violentos, o que, de pronto, destoava significativamente dos objetivos e propósitos a serem alcançados com as audiências de custódia.

De toda sorte, seria no mínimo ingenuidade crer que um projeto de lei, apresentado às pressas, logo após a posse do Presidente eleito, Jair Bolsonaro, tivesse passado pelo crivo de estudos de impactos criminais e sociais, reflexões e construções democráticas indispensáveis à uma propositura legislativa da magnitude do “pacote anticrime”. De fato, o resultado do projeto apresentado pelo ex-juiz federal foi um mosaico de medidas encarceradoras, sem a capacidade (ou interesse) de oferecer alternativas reais para os problemas da criminalidade e segurança pública.

Apesar da característica predominantemente punitivista, o Projeto de Lei Anticrime passou por modificações na Câmara dos Deputados e, como resultado, foi editada a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, responsável por diversas alterações legislativas, como já dito anteriormente.

Algumas dessas mudanças afrontam diretamente garantias fundamentais, enquanto outras, podem ser interpretadas como avanços no contexto político de recrudescimento punitivo do qual fazem parte, especialmente na legislação processual penal. Um dos aspectos relevantes para nosso estudo advindos da “Lei Anticrime” foi a inclusão formal da audiência de custódia no Código de

Processo Penal, embora só tenha entrado em vigor em 2020.

De acordo com dados coletados através do Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN), semestralmente, produz-se o Relatório de Informações Penais - (Relipen), o qual aponta que existem 644.305 pessoas privadas de liberdade no Brasil. Desse total, o mesmo relatório indica que 180.205 pessoas estão presas provisoriamente em celas físicas, o que corresponde a cerca de 28% da população prisional. (Brasil, 2023)

O cenário caótico das prisões brasileiras, notadamente no que se refere ao hiperencarceramento, condições degradantes e insalubres, escassez de alimentos, maus-tratos, abusos e torturas, bem como a falta de assistência médica e jurídica aos presos já foram apontados pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2023.

No julgamento da ADPF supracitada, o tribunal reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário, “tendo em vista o cenário de grave e massiva violação de direitos fundamentais dos presos” e determinou uma série de medidas para mitigar esses problemas, tais como a efetiva implementação de audiências de custódia em 24 horas, a separação dos presos provisórios daqueles que já tem condenação definitiva e a promoção de penas alternativas à prisão. (STF, 2023)

No entanto, a implementação de medidas com o intuito de promover a mitigação das inúmeras violações que ocorrem diuturnamente nas penitenciárias brasileiras e frear a expansão do encarceramento em massa, nas quais se inserem as audiências de custódia, esbarra na perspectiva encarceradora e punitivista (aqui compreendida em oposição à impunidade) adotada pelos agentes de segurança pública e do sistema de justiça criminal e reforçadas pela construção político-ideológica inserida no bojo do “Pacote Anticrime”.

Nesse sentido, Keese (2019) destaca, sob um ponto de vista crítico, a banalização das medidas cautelares diversas da prisão no processo penal brasileiro, trazendo à tona o relatório nacional do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), onde se constatou que 99% dos presos que passaram por audiências de custódia permaneceram sob alguma forma de controle penal do Estado através de medidas cautelares pessoais - prisão preventiva ou as outras medidas alternativas à prisão cautelar previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, reconhece o autor que estar submetido a alguma medida cautelar diferente da prisão é melhor que ter que cumprir prisão preventiva em um centro de detenção provisória qualquer, cujas péssimas condições já foram abordadas. No entanto, Keese (2019) chama atenção para o fato de que medidas cautelares ainda são restrições à liberdade e representam formas de controle penal pelo Estado.

Os resultados do relatório do IDDD, o elevado número de presos provisórios e o uso indiscriminado de medidas cautelares, assim como o hiperencarceramento que vem se acentuando no Brasil nas últimas décadas apontam para o recrudescimento encarcerador como um relevante óbice ao desenvolvimento de políticas penais comprometidas com as garantias processuais e consentâneas com os direitos fundamentais dos custodiados e réus.

3 PÓS-PANDEMIA DE COVID-19 E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA

Em janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) emitiu um alerta sobre o risco de uma pandemia global devido à Covid-19. Pouco depois, o Brasil registrou seu primeiro caso da doença, enquanto a Europa já contava centenas de mortes relacionadas ao novo vírus. Com o fim de conter o avanço da Covid-19, foi promulgada a Lei nº 13.979/2020, que estabeleceu medidas para enfrentar a emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. Uma das principais estratégias adotadas foi o incentivo ao distanciamento social como forma de reduzir a propagação da doença (Moreira, 2020, p. 01)

Além da legislação mencionada, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6341, que Estados e Municípios têm competência para adotar medidas necessárias no combate ao novo coronavírus. Isso incluiu a possibilidade de impor isolamento social, fechamento de comércio dentre outras restrições pertinentes. Portanto, segundo o entendimento do STF, caberia aos governadores e prefeitos definirem quais serviços essenciais poderiam funcionar durante a pandemia (Brasil, 2020).

Refletindo sobre esse contexto, Valença (2023, p. 2) assevera que a pandemia da covid-19 acelerou a virtualização de diversos setores da vida, incluindo o Poder Judiciário. Com a rápida adaptação técnica dos diversos tribunais estaduais e federais no Brasil, se tornou viável a realização de audiências virtuais em processos de todas as áreas. A perspectiva era tão otimista que, em dezembro de 2020, o CNJ lançou o Programa Juízo 100% Digital, com o intuito de possibilitar aos cidadãos acesso à justiça de forma integral, sem precisar comparecer aos fóruns.

Ainda nessa toada, o Conselho Nacional de Justiça, visando assegurar o acesso à justiça durante a pandemia, instituiu a Resolução nº 313/2020, que estipulou os procedimentos a serem adotados pelo Poder Judiciário nesse período. Dessa forma, foi determinada a suspensão do trabalho presencial de magistrados e servidores, assim como a do atendimento presencial de partes, advogados e interessados (Brasil, 2015)

Em resposta à pandemia, todos os tribunais do Brasil implementaram o regime de plantão extraordinário, priorizando apenas casos urgentes, conforme a Resolução nº 313/2020. Isso resultou

na suspensão das audiências de custódia. No entanto, a partir da Resolução nº 322 do CNJ, em 1º de junho de 2021, as audiências de custódia foram retomadas, com cada tribunal adotando medidas preventivas, como horários alternativos, aferição de temperatura na entrada e uso obrigatório de máscaras e álcool em gel para usuários e serventuários da justiça.

A pandemia da Covid-19 impactou profundamente as audiências de custódia em dois momentos distintos: justificando a dispensa das audiências e autorizando sua realização por videoconferência. O primeiro, fundamenta-se na recomendação 62/2021, a qual orienta os tribunais e os magistrados a adotarem medidas preventivas à propagação da infecção por Covid-19, tanto no âmbito do sistema de justiça penal quanto no socioeducativo. Assim, lemos no artigo 8º:

(...) aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia.

Observa-se que o artigo mencionado aborda especificamente quanto a suspensão das audiências de custódia. Entretanto, ao analisar os parágrafos do mesmo documento, identificam-se os procedimentos a serem seguidos para garantir a avaliação das condições da prisão, mesmo sem a presença física da pessoa presa diante do juiz.

Em outras palavras, o artigo 8º da Recomendação supracitada, suspendeu as audiências de custódia e incentivou decisões de cunho liberatório. No § 2º, a recomendação orienta que, em casos de indícios de tortura ou maus-tratos, o magistrado pode entrevistar a pessoa presa por meios telemáticos, após análise do auto de prisão em flagrante e do exame de corpo de delito, permitindo um contato virtual residual com o preso.

Ainda através da recomendação 62/2021, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também orientou os magistrados a aplicarem medidas socioeducativas em meio aberto e a revisarem as decisões que determinaram a internação provisória. Além disso, estabeleceu como diretriz a reavaliação das prisões provisórias decretadas e a adoção da máxima excepcionalidade para novas ordens de prisão preventiva.

Na sequência, tivemos a edição da Recomendação n. 68, acrescentando o art. 8º-A à Recomendação CNJ nº 62/2020 para manter a suspensão das audiências de custódia, mas acrescentando algumas exigências, como a garantia de que o custodiado tenha uma entrevista prévia com sua defesa, mesmo que por videoconferência; manifestação do membro do Ministério Público e da defesa técnica antes da decisão do magistrado sobre a prisão; determinação de diligências periciais em caso de indícios de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, para viabilizar a eventual responsabilização, dentre outras.

Em julho de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) abordou novamente o uso da videoconferência nas audiências de custódia por meio da Resolução n. 329. Essa resolução estabeleceu diretrizes para o uso da videoconferência em processos penais durante a pandemia, proibindo explicitamente essa tecnologia para audiências de custódia no artigo 19. Posteriormente, a questão foi revisitada na 332ª sessão plenária, que aprovou a Resolução n. 357 e revogou o artigo 19 da Resolução n. 329, permitindo, assim, o uso da videoconferência nas audiências de custódia, desde que cumpridos certos requisitos.

Dessa forma, se consolidou com base na Resolução n. 357 de 26/11/2020 admitiu-se a possibilidade de se realizar por videoconferência as audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310 do Código de Processo Penal e na Resolução 213/2015 quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial.

Embora tal dispositivo já tenha sido revogado pela Resolução n. 481, de 22 de novembro de 2022/CNJ, ainda persiste a medida liminar deferida pelo Ministro Nunes Marques, do STF, na ADI 6.841, que admite a prática das custódias virtuais, motivo pelo qual na prática, quando ocorrem, as audiências de custódia são predominantemente por essa via. (STJ, 2021)

As audiências de custódia por videoconferência nos procedimentos criminais têm recebido diversas críticas por parte das entidades, associações e movimentos de proteção dos direitos humanos, bem como membros da advocacia criminal, juízes e das comunidades acadêmicas.

Preocupados com as consequências do uso da videoconferência em audiências de custódia, a Rede Justiça Criminal (RJC) após minucioso levantamento sobre o tema, lançou o relatório ‘Erro no sistema de justiça - o desmonte das audiências de custódia’, no qual denunciam os impactos humanos e econômicos da manutenção e adoção irrestrita de audiências por videoconferência no Brasil (RJC, 2021).

Em primeiro lugar, o relatório da RCJ aponta que de acordo com o CNJ, as denúncias de maus-tratos praticados por policiais durante a prisão, saltaram de 2,4% em 2015 para 6,2% dos casos em 2019, após a efetivação das audiências de custódia. Os dados podem ser ainda maiores, haja vista a subnotificação identificada pela Rede através da pesquisa ‘O fim da liberdade’ empreendida pelo IDDD, na qual se constatou que 23,8% das pessoas presas afirmaram ter sofrido violência por parte dos agentes policiais (RJC, 2021, p. 4).

Ponto crucial abordado na pesquisa que compõe o relatório da Rede, diz respeito à queda na realização das audiências de custódias no Brasil após a adoção da videoconferência. Segundo os dados, em 2019 ocorreram 222 mil audiências, já em 2020 o número caiu para 66 mil e até junho de 2021, foram registradas apenas 19 mil audiências (RJC, 2021, p. 4)

O que esses dados do relatório revelam é que muitos estados retornaram ao método

utilizado antes da implementação das audiências: a mera leitura dos Autos de Prisão em Flagrante, sendo que 203 mil casos de custodiados entre abril de 2020 e maio de 2021 foram analisados por papéis, desviando-se completamente dos intentos fiscalizadores e humanizadores das audiências de custódia (RJC, 2021, p. 4).

Com relação aos laudos periciais, o relatório denunciou que em 100% dos casos analisados na comarca de Salvador (BA), entre março e junho de 2020, os laudos referentes aos exames de corpo de delito não chegaram ao juiz na audiência de custódia virtual, em manifesta desconformidade com o que definiu o inciso V da recomendação 68/2020 (RJC, 2021, p. 5)

No que se refere às violações gerais, a situação se mostra ainda mais crítica, pois os pesquisadores da Rede identificaram que, apesar da recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de que as audiências deveriam ser realizadas em locais livres de interferência externa, para garantir que os relatos sejam realizados sem coação, na verdade, o que ocorre é a audição dos custodiados em presídios ou delegacias (inclusive fazendo uso de celular cedido pelo agente de polícia) sem qualquer respeito à sua privacidade.

Os relatórios ‘Erro no sistema de justiça’ da RJC (2021), e ‘O fim da liberdade’ do IDDD (2019) deixam claro a ineficiência das audiências de custódia por videoconferência para atender aos fins para os quais este instituto foi criado.

Considerando que essa via não permite que os juízes (as) averiguem a ocorrência de coação, tortura e/ou maus-tratos durante a abordagem policial ou prisão, a adoção de tal medida representa evidente violação aos direitos humanos e aos direitos fundamentais preconizados pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais já citados, configurando-se em retrocesso no processo penal brasileiro.

Corroborar essa perspectiva, Gustavo Badaró ao destacar que uma das principais consequências da audiência de custódia é a humanização do processo penal brasileiro, de onde se retira a relevância do contato pessoal que o magistrado faz com o preso, possibilitando uma visão mais humanista a respeito da prisão. Em suas palavras,

O pronto contato pessoal do preso com um juiz é o mínimo que um Estado de Direito deve assegurar a quem está sendo privado de sua liberdade. Mais do que obedecer a uma norma de direitos humanos, a audiência de custódia humanizará o juiz. Hoje, em seu gabinete, ele decide lendo folhas de papel, da forma mais impessoal possível. Com a audiência de custódia o juiz não decidirá apenas se uma prisão em flagrante, que foi documentada em um auto, deve ser mantida ou reformada. Ele terá contato com um preso de carne e osso, olhará nos olhos de alguém que, por mais que lhe custe acreditar, é uma pessoa e não um número de auto de prisão em flagrante. E o preso terá a chance de, prontamente, expor seus argumentos para um juiz que, se convencido que a prisão é a única medida adequada, terá que justificar, de viva voz, que o cárcere é o seu lugar (Badaró, 2014, p. 116)

Como se vê, a audiência de custódia nos moldes em que foi planejada, busca atender à dois propósitos principais: averiguar as condições fáticas de legalidade (ou ilegalidade) em que se deu e

é mantida a prisão, do ponto de vista da integridade física e psíquica do custodiado e a responsabilização do magistrado quanto à sua tomada de decisão, a qual não mais se pautará apenas na palavra da autoridade policial, mas em suas próprias percepções que o vinculam a um juízo de valor mais criterioso.

Entendimento convergente, foi proferido pelo ministro Dias Toffoli (Brasil, 2020) para quem as audiências por videoconferência vão contra a essência do instituto da audiência de custódia, que visa não só avaliar a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, mas também verificar a ocorrência de tortura e maus-tratos, já que nessas condições, os magistrados estão impossibilitados de elaborar uma percepção real sobre os presos e constatar violência policial.

4 POPULISMO REACIONÁRIO E AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: OS PROJETOS DE LEI 321/2023 E 5954/2023

A Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) causada pela pandemia da Covid-19 foi oficialmente declarada encerrada no Brasil com a assinatura da portaria do Ministério da Saúde GM/MS nº 913 em 22 de abril de 2022 que também revogou a Portaria GM/MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020 e ensejou o retorno gradual das atividades presenciais (Brasil, 2022)

No que concerne à atividade jurisdicional, em setembro de 2022, o CNJ emitiu despacho no qual o conselheiro Mauro Pereira Martins apreciou expediente instaurado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) ordenando que todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais regulamentassem a retomada das audiências de custódias presenciais, no prazo de até 30 dias (Brasil, 2022a).

Na sequência, o órgão editou a Resolução n. 481/2022 que disciplina as audiências virtuais, estabelecendo novas regras para o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário. Embora a resolução n. 481 não aborde diretamente as audiências de custódia, pode-se compreender que estas últimas estão abarcadas pela amplitude da resolução ao ponto dessa modalidade de audiência predominar na prática rotineira da justiça criminal (Brasil, 2022b)

Em que pese os resultados promissores que se esperava obter com as audiências de custódia, especialmente na diminuição do encarceramento, racionalização das prisões preventivas e prevenção de tortura e violência policial, decorridos quase 10 anos de sua implementação no Brasil, a potencialidade do instituto esbarra no populismo punitivo do tipo reacionário que tem se fortalecido no país nos últimos anos.

O conceito de populismo reacionário encontra sua origem na obra de Lynch e Cassimiro

(2022) através das junções de dois conceitos mais amplos: populismo e reacionário. O contexto analítico dos autores se inicia a partir do governo de Jair Bolsonaro (2019-2022) e o potencial nocivo das políticas e discursos estabelecidos durante sua gestão para minar as bases do Estado Democrático de Direito.

Em Lynch e Cassimiro (2022, p. 16) o populismo geralmente se manifesta como uma forma de fazer política em ambientes democráticos de massa. Os líderes são figuras carismáticas que reivindicam a legitimidade de representar uma maioria contra outros setores da sociedade. Esses líderes baseiam sua atuação na concepção de um “povo” homogêneo com demandas específicas, das quais eles se apresentam como intérpretes privilegiados. O populismo, assim definido se caracteriza por três elementos principais: 1) o apelo ao “povo” contra a “elite”; 2) a postura politicamente incorreta; e 3) a percepção de risco iminente.

Prosseguem os autores distinguindo populismo enquanto um fenômeno político que se manifesta em duas diferentes clivagens ideológicas: um populismo de esquerda e outro de direita. O populismo de esquerda está orientado para a resolução das desigualdades sociais.

Por essa razão, o populismo de esquerda concebe o conceito de “povo” a partir da base da pirâmide social, em oposição à exploração de sua força de trabalho por uma minoria de capitalistas. Já o populismo de direita, por sua vez, está orientado para a preservação da ordem e recorre à autoridade. Seu conceito de “povo” é formado por defensores da ordem, da economia de mercado e dos valores tradicionais (Lynch; Cassimiro, 2022, pp. 17-18).

Neste ponto, importante distinção é apresentada por Lynch e Cassimiro - qual seja - a distinção entre o reacionarismo e o conservadorismo por sua radicalização. No conservadorismo, há preservação das instituições e valores fundantes da sociedade política, enquanto o reacionarismo aponta em direção à ruptura para restaurar uma ordem perdida.

O governo de Jair Bolsonaro figura com destaque na obra ao analisar o populismo radical devido ser ele um exemplo significativo na política internacional recente. Esse tipo de populismo se manifesta na resistência à igualdade social, alegando a necessidade de “restaurar a ordem”. Sob essa perspectiva a sociedade está dividida entre conservadores patriotas, que se consideram “o povo”, e progressistas cosmopolitas, vistos como ameaças aos valores da “civilização judaico-cristã”.

Desta feita, Lynch e Cassimiro (2022), identificam que a ideologia que sustentou o populismo reacionário durante o governo Bolsonaro baseou-se na crença de que a ordem social transcende o humano. Essa visão atribuiu fundamentos divinos, naturais, biológicos, nacionais e de mercado à estrutura social. A coalizão governamental empenhou-se em romper com essa ordem para restaurar um passado mítico associado ao “bom” governo militar, enaltecendo o autoritarismo e justificando as violências sofridas pela parte da população que se coloca contra à nova ordem que

se intenciona restabelecer.

Os autores reconhecem ainda que mesmo após o fim do governo Jair Bolsonaro, o populismo reacionário já havia se enraizado profundamente na sociedade brasileira. As consequências mais visíveis incluem a radicalização, a apologia à violência política, a criação de “mundos informacionais paralelos” (2022, p. 175-179) e o aparelhamento ideológico de setores da administração pública, especialmente na justiça e nas forças de segurança. Esse cenário resulta na permanente deslegitimação dos princípios fundamentais da democracia e no funcionamento das instituições e dos poderes constituídos (2022, p. 191).

Neste contexto, inserimos os projetos de Lei 321/2023 e 5954/2023, ambos referentes às audiências de custódia, mas com uma percepção distorcida das finalidades, propósitos e resultados do instituto. O PL 321/2023 é de autoria da deputada Júlia Zanatta (PL-SC) e propõe alterações no Decreto-Lei nº 3.689/1941 para permitir audiência de custódia por videoconferência⁵. O segundo, PL 5954/2023 é de autoria do deputado Kim Kataguiri (UNIÃO-SP) e, igualmente se dispõe a alterar o Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para propor a denegação da liberdade provisória na audiência de custódia do reincidente e do agente que comete reiteradamente crimes⁶.

A propositura do PL 321/2023 para permitir o uso irrestrito da modalidade de audiências de custódia por videoconferência, se revela em suas justificativas como uma proposta totalmente descompromissada com as finalidades da audiência de custódia de combate à tortura, coação e maus-tratos conforme compromissos assumidos pelo Brasil com a ratificação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, bem como a Constituição Federal.

A deputada Júlia Zanatta ignora em suas justificativas as desigualdades de acesso à justiça e os desafios tecnológicos e de infraestrutura enfrentados pelas delegacias, comarcas, centros de detenção etc. A deputada argumenta que o próprio CNJ editou resolução permitindo o uso da videoconferência para realização de audiências de custódia durante a pandemia de Covid-19 o que, segundo sua percepção, seria suficiente para comprovar que esta é uma alternativa eficaz, exclusivamente pela economia que proporcionou aos cofres públicos.

Para além das questões humanitárias e de violência policial que ensejaram as audiências de custódia presencial com as quais a deputada parece não se vincular, temos aqui outro ponto convenientemente ignorado. Se, por um lado, houve economia com as audiências de custódia sendo realizadas por videoconferência, por outro, segundo o relatório da RJC (2021, p. 4), 40 milhões de

5 Atualmente, o PL 321/2023 está aguardando apreciação pelo Senado Federal.

6 O PL 5954/2023 foi arquivado em 2024, contudo, isso não encerra o debate, haja vista o fato de que o mesmo fora apensado ao PL 714/2023 de autoria do Coronel Ulysses (UNIÃO), o qual se encontra, atualmente, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), aguardando realização de audiência pública para instrução dos debates — último andamento registrado em 21 de maio de 2025.

reais já haviam sido gastos para aquisição de equipamentos, softwares e armazenamento de imagens em apenas oito estados da federação durante os anos 2020 e 2021.

No que tange ao PL 5954/2023 proposto por Kim Kataguirí, suas justificativas revelam forte alinhamento com a visão disseminada pelo populismo reacionário anteriormente definido por Lynch e Cassimiro, já que o deputado compreende a audiência de custódia como uma instância de impunidade dentro do processo penal brasileiro na qual os custodiados/presos serão beneficiados com a soltura.

Outrossim, é latente no PL 5954/2023, a percepção distorcida quanto à finalidade das audiências de custódia em duas frentes - 1) obstar a concessão da liberdade provisória com base na reincidência do agente é um claro desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, pois é já punir o preso conferindo-lhe um prejuízo sem a certeza de que a ele será imputado o fato que deu aso à sua prisão. 2) a avaliação da reincidência durante uma audiência de custódia usurpa a finalidade do instituto, já que nesse momento o juiz não deve se antecipar com avaliações quanto ao mérito ou circunstâncias do fato, mas tão somente à legalidade ou indícios de ilegalidade em que se deu a prisão para decidir fundamentamente.

As justificativas do deputado expressam ainda aquilo que Lynch e Cassimiro (2022) demonstraram como postura dos líderes populistas nas sociedades em que vigoram o populismo reacionário: a distinção que fazem entre o “nós” e “os outros”. O discurso do deputado é impregnado de preconceções que reforçam estigmas associados aos que se encontram no sistema de justiça criminal como aqueles não aptos ao convívio social - em oposição aos “cidadãos de bem” de quem ele se considera representante legítimo e porta-voz.

Assim, os projetos de lei PL 321/2023 e 5954/2023 se inserem no contexto político do populismo reacionário apresentado acima, pois refletem uma abordagem punitivista e autoritária em relação às audiências de custódia, descompromissadas com a justiça social e efetivação de direitos humanos.

Essas propostas legislativas, apresentadas por Kim Kataguirí e Júlia Zanatta, demonstram uma visão distorcida das audiências, buscando restringir direitos fundamentais dos custodiados, como a presunção de inocência e o devido processo legal, em nome de uma suposta política de segurança pública mais rígida e repressiva.

Ao subverter os propósitos e finalidades das audiências de custódia dentro do processo penal, os PLs 321/2023 e 5954/2023 reverberam a influência do populismo reacionário na formulação de medidas que comprometem os princípios democráticos e os direitos e garantias fundamentais no sistema jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Diante das análises realizadas sobre as audiências de custódia no Brasil e os Projetos de Lei 321/2023 e 5954/2023, é possível concluir que a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos durante o processo penal é um tema de extrema importância. As audiências de custódia, instituídas para garantir a legalidade das prisões e promover uma avaliação inicial das condições dos detidos, representam um avanço significativo no sistema de justiça criminal brasileiro.

No entanto, a proposta de realizar audiências de custódia por videoconferência e as alterações propostas nos projetos de lei mencionados levantam questões críticas sobre a eficácia dessas medidas e seu impacto nos direitos dos indivíduos. É essencial considerar a necessidade de preservar a presunção de inocência, a legalidade das prisões e a garantia de um processo justo para todos os envolvidos.

A tentativa de legitimar a realização de audiências de custódia por videoconferência, bem como as propostas legislativas que visam flexibilizar garantias processuais sob o argumento da modernização ou da eficiência, revelam uma tendência preocupante de erosão do devido processo legal em nome de um discurso punitivista. Essa lógica ignora as desigualdades estruturais que marcam o sistema penal brasileiro e, ao invés de corrigir distorções históricas, tende a aprofundar práticas seletivas e excludentes. Ao enfraquecer o contato direto entre o preso e o juiz, suprime-se a dimensão humana e sensível que deve pautar a primeira análise judicial da privação de liberdade.

Além disso, os PLs 321/2023 e 5954/2023 não surgem em um vácuo jurídico, mas inserem-se em uma conjuntura de avanço do populismo reacionário, caracterizado pela mobilização do medo e da insegurança para justificar o endurecimento penal e o esvaziamento de garantias. A crítica a esses projetos deve, portanto, considerar não apenas seus conteúdos normativos, mas também os discursos que os sustentam e os interesses que mobilizam. O uso do aparato legislativo para reforçar mecanismos de controle social sobre determinadas populações — sobretudo pobres, negras e periféricas — deve ser enfrentado com rigor acadêmico e resistência institucional.

Conclui-se, nesse diapasão, que a preservação das audiências de custódia em sua forma presencial e conforme os parâmetros internacionais de direitos humanos não é apenas uma exigência jurídica, mas também um imperativo ético diante de um cenário de crescentes violações. Cabe ao sistema de justiça, à comunidade acadêmica e à sociedade civil atuar de forma vigilante contra tentativas de retrocesso disfarçadas de inovação. A defesa intransigente das garantias fundamentais — ainda mais em contextos de instabilidade política e ascensão de narrativas autoritárias — é condição para a consolidação de um Estado verdadeiramente democrático de direito.

Ainda que o PL 5954/2023 tenha sido formalmente arquivado na Câmara dos Deputados,

seu conteúdo permanece ativo com seu apensamento ao PL 714/2023, atualmente em tramitação no Senado Federal, mais especificamente na CCJ. Esse movimento legislativo é especialmente preocupante, pois insere dispositivos questionáveis dentro de um projeto mais amplo, com maior potencial de aprovação e menor visibilidade crítica. Tal estratégia revela uma forma indireta, porém eficaz, de avançar agendas punitivistas e de enfraquecimento de garantias processuais sob o disfarce de reformas estruturantes. É precisamente por isso que a análise e o monitoramento desses projetos devem continuar, com atenção redobrada às suas implicações concretas para o Estado de Direito e para os direitos humanos no Brasil.

Por fim, conclui-se que é fundamental que as discussões e decisões relacionadas às audiências de custódia sejam pautadas pelo respeito aos direitos humanos, pela observância dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e pela busca por um sistema de justiça que promova a equidade e a proteção dos direitos individuais em conformidade com os princípios democráticos e constitucionais.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, R. G. DE; SINHORETTO, J.; SILVESTRE, G. Encarceramento e desencarceramento no Brasil: a audiência de custódia como espaço de disputa. **Sociologias**, v. 24, n. 59, p. 264–294, jan. 2022. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/soc/a/6qk6pmknwF4d6wJPXwTpykC/#>>. Acesso em: 08 jul. 2025.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**: Série Universitária. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 321, de 07 de fevereiro de 2023. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, para dispor sobre a possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2347150>>. Acesso em: 07 jul. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 5.954, de 11 de dezembro de 2023. Altera o Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para dispor sobre a denegação da liberdade provisória na audiência de custódia do reincidente e do agente que comete reiteradamente crimes. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2412075>>. Acesso em: 07 jul. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Audiência de custódia**. Brasília: CNJ, 2016. 230p. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/272/1/Audi%C3%Aancia%20de%20Cust%C3%B3dia.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Ato normativo 0004117-63.2020.2.00.0000**, de 10 de julho de 2020. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/plenario-virtual/?sessao=630>>. Acesso em: 03 jul. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020b. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF: 2020a. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>>. Acesso em: 30 jun. 2025.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 22 jun. 2025.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 22 jun. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS no 913, de 22 de abril de 2022. Declara o encerramento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV) e revoga a Portaria GM/MS no 188, de 3 de fevereiro de 2020. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2022/prt0913_22_04_2022.html#:~:text=Declara%20o%20encerramento%20da%20Emerg%C3%Aancia,3%20de%20fevereiro%20de%202020. Acesso em 03 jul. 2025.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais: RELIPEN**. Brasília: SENAPPEN, 2023b. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2023.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 6341/DF. Relator: Marco Aurélio, 15 ago. 2020a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 26 jun. 2025

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6841. Relator: Min. Nunes Marques. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6169033>>. Acesso em: 01 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro. 04/10/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=>>>. Acesso em 22 jun. 2025.

IDDD. O fim da liberdade: Relatório Nacional Completo. 2020. IDDD. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf>. Acesso em 07 jul. 2025.

KEESE, Pedro Bertolucci. Crítica à banalização das medidas cautelares diversas da prisão no Processo Penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, [S. l.], v. 28, n. 334, p. 7–9, 2023. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/888>. Acesso em: 22 jun. 2025.

LOPES JR, Aury.; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz:

rumo a evolução civilizatória do processo penal. In: **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 9, p. 154–174, 2014. Disponível: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/82>>. Acesso em: 01 jul. 2025.

LYNCH, C; CASSIMIRO, P. H. **O populismo Reacionário**. São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2022.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Implementação das Audiências de Custódia no Brasil: Análises de Experiências e Recomendações de Aprimoramento**. Brasília, DF: MJ, 2016. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/10240/1/Implementa%C3%A7%C3%A3o%20das%20audi%C3%A2ncias%20de%20cust%C3%B3dia%20no%20brasil_%20an%C3%A1lise%20de%20experi%C3%A2ncias%20e%20recomenda%C3%A7%C3%B5es%20de%20aprimoramento.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2025.

MOREIRA, Rafael da Silveira. COVID-19: unidades de terapia intensiva, ventiladores mecânicos e perfis latentes de mortalidade associados à letalidade no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 5, p. 1-12, 2020. Disponível em: <<https://cadernos.ensp.fiocruz.br/ojs/index.php/csp/article/view/7478/16567>>. Acesso em 30 jun. 2025.

PAIVA, Caio. Audiências de Custódia. In: **Audiência de custódia e o processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL (RJC). Relatório: **Erro no sistema de justiça: o desmonte das audiências de custódia**, Rede Justiça Criminal', 10 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.org/website/wp-content/uploads/2021/11/RELATORIO-erronosistema.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2025.

VALENÇA, Manuela Abath. Audiências de custódia por videoconferência: um caso bem-sucedido? **Revista Direito GV**, 2023. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/89833/84311>>. Acesso em: 30 jun. 2025.

FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO E RESISTÊNCIA JURÍDICA: IDEOLOGIA, INTERSECCIONALIDADE E TRANSFORMAÇÃO

Jamile Gonçalves CALISSI¹
Renato Zanolla MONTEFUSCO²

RESUMO

Este trabalho propõe uma análise crítica da função social do direito a partir de sua dimensão ideológica e emancipatória, enfatizando o papel ativo dos juristas na construção de práticas jurídicas transformadoras. A pesquisa parte do pressuposto de que o direito não é neutro, mas atravessado por disputas políticas, simbólicas e epistemológicas que reproduzem ou contestam as estruturas de dominação. A hipótese central sustenta que uma práxis jurídica comprometida com a justiça substantiva exige o enfrentamento das ideologias hegemônicas, a incorporação de epistemologias do Sul e a adoção de uma abordagem interseccional. A metodologia utilizada é qualitativa, de natureza exploratória, com base em revisão bibliográfica interdisciplinar. O método é hipotético-dedutivo, combinando teoria crítica, sociologia do direito e pensamento decolonial. Como resultado, identificam-se caminhos para uma reconfiguração ética e política do direito, por meio da escuta de sujeitos historicamente marginalizados, da valorização de práticas jurídicas insurgentes e da recusa à aplicação dogmática e formalista. Conclui-se que a função social do direito está intrinsecamente ligada à descolonização das estruturas jurídicas, à construção de pontes com os movimentos sociais e à atuação de juristas comprometidos com a justiça material e a transformação social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e ideologia; Função social do direito; Juristas; Emancipação social; Epistemologias do Sul.

-
- 1 Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP (em andamento). Doutorado em Direito Constitucional, com pesquisa na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino (2015). Mestrado em Direito Constitucional, com pesquisa na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino - bolsista integral CAPES (2004). Especialização MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (2008). Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab (2001). Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Professora Titular no Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Uniara - Universidade de Araraquara (2021). Professora das Faculdades Integradas de Jaú. Professora-conteudista em cursinhos preparatórios para concursos. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, com pesquisas que envolvem: Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Internacional, Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica, Epistemologias Jurídicas, Inclusão e Emancipação, Relativismo Cultural, Novas Tecnologias, Gestão de Conflitos e modelos de soluções de conflitos. Membro equipe editorial - gestão administrativa (OJS; triagem e revisão de textos) da Revista Jurídica da UEMG - INOVAJUR - Tecnologia, Informação e Inovação. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8025-7863>.
 - 2 Doutor em Ciência, Tecnologia e Sociedade pela Universidade Federal de São Carlos (PPGCTS-UFSCar). Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Pós-graduado Lato Sensu pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Carlos (FADISC-IPESU). Professor de Educação Superior (PES), Nível VI - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), titular da cadeira de Direito Empresarial, Falimentar e Recuperacional e Direito Administrativo, e professor nas Faculdades Integradas de Jahu (FIJ). Atua na docência desde 2001, com ênfase em Direito Empresarial e Direito Administrativo. Coordenador do Grupo de Pesquisa NEDEEC Núcleo de Estudos em Direito Empresarial e Economia Circular e integrante dos grupos de pesquisa Direito do Devir, Estudos Avançados em Direito e Inovações no Atendimento Sociojurídico e Políticas Públicas e Desenvolvimento, todos cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq. Membro da Associação Brasileira de Estudos Sociais das Ciências e das Tecnologias (ESOCITE); e, Membro da equipe editorial, na gestão administrativa (OJS, triagem e revisão de texto) da Revista Jurídica da UEMG IVOVAJUR: Tecnologia, Informação e Inovação. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1294-0844>

ABSTRACT

This paper offers a critical analysis of the social function of law through the lens of ideology and emancipation, emphasizing the active role of jurists in shaping transformative legal practices. It starts from the premise that law is not neutral, but marked by political, symbolic, and epistemological disputes that either reproduce or contest dominant power structures. The central hypothesis argues that a legal praxis committed to substantive justice requires confronting hegemonic ideologies, incorporating Southern epistemologies, and adopting an intersectional approach. The methodology is qualitative and exploratory, based on interdisciplinary literature review. The method is hypothetical-deductive, combining critical theory, legal sociology, and decolonial thought. As a result, it identifies pathways for an ethical and political reconfiguration of law, through listening to historically marginalized subjects, valuing insurgent legal practices, and rejecting dogmatic and formalist applications. The conclusion asserts that the social function of law is intrinsically linked to the decolonization of legal structures, engagement with social movements, and the work of jurists committed to material justice and social transformation.

KEYWORDS: Law and ideology; Social function of law; Jurists; Social emancipation; Epistemologies of the South.

1. INTRODUÇÃO

A relação entre direito e ideologia é historicamente marcada por uma dinâmica de influência mútua, na qual o direito se apresenta como um reflexo das estruturas ideológicas dominantes e, ao mesmo tempo, como um instrumento de sua reprodução ou transformação. Em sociedades estruturadas por desigualdades sociais, raciais e econômicas, o direito não pode ser compreendido como um conjunto neutro de normas, mas como um fenômeno atravessado por valores, interesses e disputas simbólicas.

A presente pesquisa parte da hipótese de que a função social do direito transcende a mera aplicação normativa, exigindo uma atuação crítica dos juristas enquanto agentes de transformação social. O problema central consiste em compreender como o direito, em sua imbricação com a ideologia, pode ser utilizado para promover a emancipação social, e qual é o papel do jurista nesse processo. A justificativa para este estudo reside na necessidade de repensar o papel das instituições jurídicas e de seus operadores frente às profundas desigualdades estruturais que persistem nas democracias contemporâneas.

O objetivo geral é analisar criticamente a função social do direito e o papel dos juristas sob a perspectiva da teoria crítica do direito e da interseccionalidade. Como objetivos específicos, busca-se: (i) examinar o direito como instrumento ideológico e contraideológico; (ii) discutir as possibilidades de atuação contra-hegemônica dos juristas; (iii) explorar as contribuições da interseccionalidade para uma prática jurídica emancipadora; (iv) apresentar experiências concretas de resistência jurídica e transformação social.

A metodologia adotada é qualitativa, de caráter exploratório, com base em revisão bibliográfica interdisciplinar, articulando contribuições da filosofia, da sociologia jurídica, da teoria crítica e do pensamento latino-americano. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, partindo-se da hipótese de que o direito pode atuar como vetor de justiça social quando desvinculado do formalismo e da ideologia dominante.

O texto está organizado da seguinte forma: inicialmente, aborda-se o conceito de ideologia e sua relação com o direito; em seguida, discute-se o direito como instrumento ideológico e contraideológico; posteriormente, analisa-se o papel dos juristas e as possibilidades de atuação contra-hegemônica; depois, trata-se da interseccionalidade e das alternativas emancipatórias ao formalismo jurídico; por fim, apresentam-se estudos de caso e uma conclusão expandida.

2. SOBRE IDEOLOGIA

Em “O que é Ideologia”, Marilena Chaui apresenta o conceito de ideologia como um sistema que mascara a realidade social, um mecanismo que distorce a percepção das relações sociais e econômicas, fazendo com que as pessoas aceitem como naturais e justas situações que são, na verdade, construções sociais destinadas a manter o poder e a dominação de certos grupos (Chaui, 2001).

Nesse sentido, entende-se que a ideologia opera por meio da criação de uma “história imaginária coletiva”, onde as narrativas e os símbolos culturais são utilizados para legitimar a exploração e a desigualdade. Isso é feito de tal maneira que as desigualdades e injustiças são vistas não como produtos de uma estrutura social e econômica específica, mas como algo natural e inevitável (Chaui, 2001).

Dessa forma, a ideologia apresenta-se como instrumento para manter e reproduzir o poder na sociedade, influenciando a consciência individual e coletiva, levando as pessoas a interpretar suas experiências de vida de maneira que reforce as estruturas de poder existentes. Assim, a ideologia não apenas justifica o *status quo*, mas também pode impedir a percepção e a crítica das verdadeiras causas das desigualdades sociais. Quando aplicada ao direito, este pode ser utilizado tanto para perpetuar quanto para desafiar essas estruturas ideológicas.

No entanto, a ideologia não é apenas uma questão de “falsa consciência”, uma representação distorcida da realidade ou uma máscara ou ilusão (Zizek, 1999). Para além disso, ela está ligada às práticas discursivas que formam a realidade social, uma vez que o saber e o poder são indissociáveis e o conhecimento é uma forma de dominação (Foucault, 2012). A ideologia, portanto, destacando a importância das estruturas de poder subjacentes que proporcionam a sua perpetuação através de instituições sociais, é vista como um conjunto coordenado de enunciados e funções de

enunciação que estabelecem o que pode e o que não pode ser dito dentro de uma sociedade.

Sendo assim, a ideologia pode ser estudada sob três perspectivas, a saber, enquanto crenças voltadas para a ação; sob a existência material, considerando os aparelhos ideológicos de Estado (instrumentos institucionais de disseminação ideológica); e pelo denominado autodispersão, que consiste em relativizar o alcance de uma ideologia, para compreender se, ou a ideologia é determinante, mas incide sobre pequenos grupos de pessoas, ou incide sobre um grande contingente, mas tem pouca importância e influência (Zizek, 1999).

Contudo, sob uma perspectiva crítica, especialmente no contexto do pluralismo jurídico, sintoma desta época, onde o direito não é monolítico, homogêneo, centralizado e impositor de uma única realidade jurídica, mas sim composto de múltiplas ordens jurídicas que coexistem e interagem dentro de uma sociedade, a ideologia também não pode ser apresentada apenas como um conjunto de ideias que sustentam o *status quo*, mas também como um campo de disputa onde diferentes visões de mundo e concepções de justiça competem pela hegemonia no espaço jurídico. Nesse sentido, diferentes ideologias políticas influenciam a compreensão e aplicação do direito, tais quais, liberalismo, socialismo, nacionalismo e totalitarismo (Wolkmer, 2015).

Sendo assim, há diversas práticas jurídicas que emergem das diferentes comunidades e grupos sociais, muitas vezes marginalizadosTabela 1 - Acórdãos de 09/01/2023 até 09/07/2025. Fonte: elaborado pela autora (2025). pelo próprio sistema jurídico oficial, e a ideologia é manifesta no direito quando este é utilizado para impor e legitimar as relações de poder e dominação de uma determinada formação social (Wolkmer, 2015).

Portanto, o desafio atual é uma abordagem mais inclusiva e democrática do direito, que reconheça e valorize as diferentes fontes de normatividade, sejam elas estatais ou não estatais, o que implica em uma maior atenção às necessidades e aos direitos dos grupos sociais vulneráveis e uma busca pela justiça social que, inclusive, transcenda os limites do direito estatal.

3. DIREITO E IDEOLOGIA - A FUNÇÃO SOCIAL E O PAPEL DOS JURISTAS

O direito, em sua expressão mais autêntica, não se limita a ser um instrumento de coerção ou um catálogo de comandos imperativos. Ele emerge como um fenômeno intrinsecamente ligado às ideologias que permeiam o tecido social, atuando como um vetor de valores e princípios que orientam a conduta humana. Neste contexto, a função social do direito é manifestada pela sua capacidade de moldar e ser moldado pelas concepções ideológicas vigentes, para refletir as aspirações e os anseios coletivos de justiça e equidade.

A função social do direito, portanto, deve estar umbilicalmente ligada ao conceito de emancipação social, porque deve transcender a mera regulação de condutas, assumindo um papel

ativo na transformação social e na promoção da justiça. Isso porque, o direito através dessa função social não deve conter-se apenas a um conjunto de normas, mas sim como um fenômeno histórico e social que reflete e molda a realidade.

E é justamente a partir disso que o direito pode ser visto como um instrumento de emancipação social, na medida em que sua aplicação e evolução são informadas pelo contexto histórico e pelas demandas sociais e seu objetivo deve ser combater as estruturas de poder que perpetuam desigualdades para promover uma sociedade mais inclusiva e justa.

Cumpra esclarecer que a emancipação social é o processo pelo qual os indivíduos e grupos sociais superam as condições de alienação e opressão impostas por estruturas de poder consolidadas, rompendo, inclusive, com as amarras do sistema capitalista, permitindo a construção de uma sociedade baseada na igualdade e na liberdade (Marx, 2010). Sendo assim, o direito pode ser visto como um veículo para a emancipação social, uma vez que, através de suas normas e instituições, tem também o potencial de mitigar desigualdades, proteger minorias, garantir direitos fundamentais e promover a inclusão social. A função social do direito, portanto, é intrinsecamente ligada à sua capacidade de contribuir para a superação de barreiras econômicas, sociais e culturais que impedem a plena realização do ser humano.

E, como a ideologia tem sido historicamente utilizada para justificar e perpetuar desigualdades, enquanto conjunto de ideias que reflete os interesses das classes dominantes, inclusive como ferramenta usada pelo Estado para perpetuar as condições de produção capitalistas através de várias instituições, incluindo o sistema jurídico, o direito, em sua função social, deve atuar como um contraponto a essa realidade, buscando dismantelar as estruturas ideológicas que sustentam o poder das elites, sendo empregado não apenas para manter a ordem social, mas para questioná-la e reformá-la.

Importante ressaltar aqui que o Estado não se compõe apenas de aparatos repressivos (força física – Aparelhos Repressivos de Estado), como o exército e a polícia, mas também de instituições como escolas, igrejas, família, mídia e o próprio sistema jurídico como forma de estruturas de poder e manutenção de seus aparatos ideológicos (Aparelhos Ideológicos de Estado), assegurando a reprodução das condições materiais e das relações de produção capitalistas que invalidam a possibilidade de emancipação através do sistema jurídico. E aqui, o direito pode ser utilizado tanto para manter quanto para desafiar as relações de poder existentes na sociedade (Althusser, 2022).

Assim é que, o direito enquanto parte desses aparelhos ideológicos de Estado desempenha um papel fundamental na manutenção das relações de poder. As leis e regulamentos, muitas vezes, refletem e reforçam a ideologia dominante, legitimando as desigualdades sociais e econômicas e

contribuindo para a hegemonia das classes dominantes.

Nesse sentido, a função social do direito deve ser a de questionar e reformar as estruturas ideológicas que sustentam o poder das elites. Ao fazer isso, o direito pode se tornar um meio de emancipação social (Althusser, 2022).

Isso implica uma constante revisão crítica das leis e práticas jurídicas, assegurando que elas sirvam aos interesses da coletividade e não apenas de grupos privilegiados. A função social do direito deve ser, portanto, um instrumento de contestação e mudança, alinhado com o conceito marxista de emancipação social.

Os juristas, por sua vez, assumem uma posição de destaque nesse cenário, pois são eles que interpretam e aplicam o direito. Não são meros executores de uma vontade legislativa abstrata; são, de fato, construtores da realidade jurídica, influenciadores da ordem social e arquitetos da justiça. Através de suas decisões e pareceres, os juristas têm o poder de conferir substância à função social do direito, integrando-a ao dinamismo das relações sociais e aos desafios contemporâneos.

Neste exercício de constante construção e reconstrução do direito, os juristas devem estar atentos às mudanças ideológicas e aos movimentos sociais que demandam a reavaliação de conceitos e a redefinição de paradigmas. A função social do direito, portanto, não é estática; ela é dinâmica e evolutiva, acompanhando o progresso da sociedade e as transformações culturais. O papel dos juristas, nesse processo, é fundamental para garantir que o direito continue a servir como um instrumento de justiça social, promovendo a inclusão, a diversidade e a igualdade.

Assim, ao considerar a função social do direito e o papel dos juristas, é imprescindível reconhecer a interdependência entre direito e ideologia. Esta relação dialética é o que confere ao direito a sua vitalidade e relevância, permitindo que ele se adapte e responda às exigências de uma sociedade em constante evolução. Os juristas, cientes de sua responsabilidade social, devem então empregar sua expertise para assegurar que o direito cumpra seu propósito maior: a realização da justiça e o bem-estar da coletividade.

Nesse interim, importante ressaltar a função social que o jurista também desempenha. Os juristas, em sua essência, são agentes de transformação social. Eles têm a responsabilidade de não apenas aplicar o direito, mas também de moldá-lo de acordo com os princípios éticos e morais que regem a sociedade.

Essa função social dos juristas se manifesta em várias dimensões, seja na interpretação da lei (interpretação de maneira a refletir os valores e ideologias predominantes na sociedade, contudo, buscando um equilíbrio entre a letra da lei e o espírito da justiça, garantindo que as normas jurídicas sejam aplicadas de forma justa e equitativa), seja na defesa dos direitos fundamentais (uma vez que deve ser dever dos juristas proteger e promover os direitos humanos e fundamentais, atuando como

defensores dos indivíduos e grupos vulneráveis e assegurando que suas vozes sejam ouvidas e seus direitos, respeitados), seja na promoção da justiça social (fomentando a justiça social através de ações contra desigualdades e injustiças e utilizando o aparato jurídico ferramenta para reduzir disparidades sociais e econômicas e para promover uma sociedade mais inclusiva).

A função social dos juristas, portanto, vai além da aplicação mecânica das leis; ela exige uma compreensão profunda dos princípios jurídicos e uma dedicação à causa da justiça. Os juristas devem estar conscientes do impacto de suas ações e decisões no tecido social e devem agir com a consciência de que o direito é um meio para alcançar o bem comum.

4. DIREITO COMO INSTRUMENTO IDEOLÓGICO E CONTRAIDEOLÓGICO

O direito, ao mesmo tempo em que atua como um instrumento de estabilização social, também pode ser compreendido como uma tecnologia de poder que organiza e normatiza a conduta humana sob determinados marcos ideológicos. Neste sentido, não há neutralidade no direito: toda norma carrega em si um substrato de valores, interesses e finalidades políticas. A aparente universalidade da norma jurídica é, na realidade, a expressão de uma racionalidade que busca ocultar seu caráter de classe, de gênero, de etnia e de localização histórica (Foucault, 2012).

Quando os juristas aplicam o direito de maneira pretensamente neutra, acabam por reforçar essas estruturas ideológicas subjacentes, convertendo a prática jurídica em ferramenta de reprodução da desigualdade. Por outro lado, é também possível pensar o direito como um campo de disputas e resistências. É nesse espaço que surge a possibilidade do direito contraideológico: um direito capaz de confrontar os sentidos hegemônicos, reinterpretar institutos e promover rupturas simbólicas com a tradição normativa excludente.

Esta visão está em sintonia com o que Boaventura de Sousa Santos (2010) denomina "Epistemologias do Sul": a ideia de que o conhecimento jurídico não pode estar restrito às epistemologias eurocêntricas, devendo incluir saberes populares, feministas, indígenas e afrocentrados como formas legítimas de normatividade e resistência.

Para o autor, em questão, há uma divisão abissal entre as formas de conhecimento produzidas nos centros hegemônicos e os saberes subalternizados nos contextos periféricos, coloniais e marginalizados. A superação dessa divisão exige uma ecologia de saberes — isto é, um diálogo horizontal entre diferentes racionalidades, especialmente aquelas oriundas das lutas sociais e das experiências históricas de resistência (Santos, 2009).

As epistemologias do Sul não são meramente uma proposta metodológica; elas constituem um posicionamento político e epistêmico que entende o conhecimento como um campo de disputa. Nesse sentido, saberes indígenas, afrocentrados, feministas e populares são compreendidos como

formas legítimas de normatividade, capazes de oferecer alternativas ao direito estatal, muitas vezes alheio às realidades locais. Nesse sentido, argumenta-se que a monocultura do saber científico ocidental deslegitima outros modos de existência e, portanto, produzir justiça social requer pluralizar as fontes de conhecimento jurídico.

Tal proposta dialoga com outras doutrinas que sustentam a necessidade de uma epistemologia insurgente, situada nos contextos de colonialidade do poder e do saber, defendendo uma pedagogia e uma prática jurídica decolonial que incorpore os saberes ancestrais e os modos de vida coletivos dos povos originários e afrodescendentes como fundamentos de uma justiça transformadora (Walsh, 2009).

Além do mais, nos marcos de libertação de uma “ética da alteridade” propõe-se um novo paradigma jurídico fundado no reconhecimento dos sujeitos históricos oprimidos pela modernidade colonial, no qual o direito só será emancipador se dialogar com os projetos civilizatórios dos povos colonizados e se abrir à crítica das estruturas de dominação global (Dussel, 2007).

E, ainda, contra o “fundamentalismo epistemológico” das ciências sociais e jurídicas, pode-se afirmar que não há postura decolonial possível sem a ruptura com a ideia de que apenas o saber europeu moderno é válido. Para além disso, o pluralismo jurídico deve ser uma expressão concreta da luta contra a colonialidade do saber e do poder (Grosfoguel, 2016).

Portanto, pensar o direito a partir das epistemologias do Sul significa deslocar o eixo da autoridade epistêmica, desconstruir o universalismo abstrato da modernidade jurídica ocidental e reconhecer que a normatividade legítima pode emergir dos territórios, das lutas e das práticas dos grupos subalternizados. Significa, ainda, repensar a formação dos juristas, substituindo a lógica da neutralidade técnica por uma pedagogia enraizada na escuta, no diálogo intercultural e na justiça social concreta.

5. O PAPEL CONTRA-HEGEMÔNICO DOS JURISTAS

Diante desse contexto, a prática jurídica precisa ser compreendida como uma atividade situada e implicada, ou seja, profundamente atravessada por valores, ideologias e posições políticas. Não há neutralidade possível na atuação jurídica: toda decisão carrega efeitos performativos, produzindo sentidos, consolidando hegemonias ou abrindo fissuras no sistema jurídico dominante. O jurista, portanto, não é um mero técnico ou aplicador de normas: ele é um sujeito político, com capacidade de escolha, responsabilidade ética e potencial transformador (Sousa Junior, 1996).

A função social do jurista exige, assim, o reconhecimento de seu lugar de enunciação, da sua inserção em contextos de desigualdade estrutural e da historicidade dos instrumentos jurídicos que opera. Isso implica assumir uma postura ativa na democratização do direito, compreendendo-o

não como um fim em si, mas como um meio para a promoção da justiça material, da dignidade humana e da cidadania insurgente (Santos, 2007).

Juristas comprometidos com uma prática contra-hegemônica são aqueles que se recusam a aplicar o direito de forma automática, que desafiam a interpretação dogmática, que denunciam a opressão travestida de legalidade. São aqueles que leem a Constituição e os direitos fundamentais sob a ótica dos sujeitos vulnerabilizados, que escutam as vozes historicamente silenciadas e que assumem a tarefa de ressignificar os institutos jurídicos a partir das lutas sociais (Wolkmer, 2015; Santamaría, 2012).

Eis porque a crise das democracias latino-americanas não está apenas nas normas escritas, mas nas “salas de máquinas” das Constituições, ou seja, nas estruturas políticas e jurídicas que bloqueiam a participação e reproduzem hierarquias. Romper com esse modelo exige juristas que atuem como intelectuais públicos, que construam pontes entre o direito e os movimentos sociais, que promovam a litigância estratégica e que desafiem o direito estatal a partir das práticas de resistência (Gargarella, 2014).

Essa postura exige uma “coragem epistemológica” — a capacidade de desconfiar dos saberes cristalizados, de interrogar o cânone jurídico, de incorporar saberes subalternos e de construir uma práxis jurídica conectada à realidade social (Walsh, 2009). Envolve, também, o reconhecimento de que o direito é um campo de disputa simbólica, e que sua transformação depende da imaginação política e da ação coletiva.

Assim, a função social do jurista não se realiza na repetição de fórmulas, mas na reinvenção crítica dos sentidos jurídicos. O direito, quando apropriado por sujeitos comprometidos com a justiça social, pode deixar de ser um instrumento de conservação da ordem para tornar-se um instrumento de resistência, escuta e transformação.

6. DIREITO, INTERSECCIONALIDADE E EMANCIPAÇÃO

A abordagem interseccional constitui uma chave interpretativa fundamental para compreender como múltiplos marcadores sociais — como raça, gênero, classe, sexualidade, deficiência e território — operam de forma combinada na produção das desigualdades jurídicas e sociais. A noção de interseccionalidade rompe com as perspectivas analíticas unidimensionais ao demonstrar que os sistemas de opressão não atuam de forma isolada, mas interagem dinamicamente, criando padrões específicos de exclusão que não podem ser explicados por categorias singulares (Crenshaw, 1991).

Dessa forma, a interseccionalidade não é apenas uma categoria analítica ou uma metáfora estrutural; ela é uma ferramenta crítica para repensar os sistemas legais, sociais e políticos a partir

das experiências de sujeitos cujas vivências foram sistematicamente ignoradas ou universalizadas. Nesse sentido, é possível que a matriz da dominação se estrutura em uma interseção entre opressões de raça, gênero, classe e sexualidade, sendo necessária, neste caso e por exemplo, uma epistemologia feminista negra que reconheça os saberes produzidos a partir da marginalização. Essa virada epistêmica é essencial para desestabilizar o modelo jurídico tradicional, ainda ancorado em uma suposta neutralidade universal e abstrata (Collins, 2000).

A interseccionalidade, quando aplicada ao campo jurídico, revela que as normas jurídicas e as instituições judiciais não são neutras ou desinteressadas, mas refletem a ordem social hegemônica. O direito, tal como historicamente estruturado, tem operado como um instrumento de invisibilização e silenciamento das desigualdades interseccionais, especialmente no que tange às populações negras, indígenas, LGBTQIA+, pessoas com deficiência e sujeitos subalternizados dos territórios periféricos. O desafio contemporâneo consiste em transformar esse quadro, reposicionando o direito como ferramenta de emancipação e reconhecimento.

Um exemplo paradigmático dessa prática é a atuação da Defensoria Pública do Estado da Bahia, que aplica a interseccionalidade na defesa de mulheres negras vítimas de violência doméstica e institucional. A instituição reconhece que tais mulheres vivenciam formas agravadas de violência em razão de sua posição social, econômica e racial, e por isso precisam de medidas jurídicas que levem em conta essa complexidade estrutural. Essa abordagem desloca o foco da “vítima ideal” para uma compreensão situada da vulnerabilidade, abrindo espaço para formas de escuta qualificada e articulação com políticas públicas integradas (Santos, 2022).

Outro caso emblemático é o trabalho do Coletivo Margarida Alves, que presta assessoria jurídica popular a trabalhadoras rurais e domésticas. A atuação desse coletivo está fundada em uma prática jurídica insurgente que reconhece os saberes populares e os modos de vida coletivos como fontes legítimas de normatividade (Coletivo Margarida Alves, 2024). Ao incorporar narrativas orais, práticas comunitárias e memórias locais, o coletivo rompe com a lógica formalista e elitista que historicamente caracterizou o campo jurídico. Isso demonstra que a interseccionalidade não é apenas diagnóstica, mas performativa: ela transforma a forma de fazer, escutar, argumentar e decidir no âmbito jurídico (Crispi, 2022).

Essas práticas revelam o potencial da interseccionalidade como eixo de uma práxis jurídica crítica, capaz de provocar deslocamentos epistemológicos e institucionais. E é essa a perspectiva de cultivar uma “coragem epistêmica”, coragem que permite romper com as lógicas coloniais do saber e abrir espaço para outras racionalidades jurídicas, oriundas das lutas populares, dos feminismos decoloniais, dos saberes afrocentrados e indígenas. Essa coragem implica reconhecer que o direito estatal é frequentemente um campo de exclusão, e que só será emancipador se for reapropriado

pelos sujeitos historicamente silenciados (Walsh, 2009).

Por sua vez, o pensamento decolonial latino-americano tem contribuído decisivamente para aprofundar essa crítica. Nesse espaço, há demonstrações de que o sistema jurídico ocidental foi constituído a partir de uma lógica colonial e patriarcal que estruturou as instituições a partir da normatividade do sujeito moderno branco, masculino, europeu, proprietário e cisheterossexual, (Curiel, 2014; Miñoso, 2021; Lugones, 2008) onde a interseccionalidade precisa ser compreendida dentro de uma crítica mais ampla da colonialidade do poder, do saber e do ser (Quijano, 2000).

É nesse horizonte que se inscreve a proposta de uma prática jurídica interseccional e decolonial, que desnaturalize os fundamentos racistas e patriarcais do direito e que possibilite a reescrita das normas a partir das lutas populares. Trata-se, pois, de abandonar a monocultura do saber jurídico moderno e reconhecer a legitimidade de uma ecologia de saberes, que articule a experiência, a oralidade, o saber ancestral e a insurgência coletiva como formas válidas de produção normativa (Santos, 2010).

Além disso, importante enfatizar que o território não pode ser desvinculado da discussão sobre justiça. O modo como o Estado distribui e regulamenta os direitos sobre o território revela o entrelaçamento entre opressão ambiental, racial e econômica. Populações quilombolas, indígenas e ribeirinhas vivenciam formas específicas de violência jurídica, muitas vezes invisibilizadas pelo sistema legal centralizado e urbano. A interseccionalidade, nesse caso, exige uma leitura que inclua a ecologia política do direito (Escobar, 2021).

Nesse quadro, a função social do direito precisa ser redimensionada. Não basta reconhecer as desigualdades de maneira abstrata; é necessário incorporá-las como critério de construção normativa, de argumentação jurídica e de deliberação institucional. O direito emancipador é aquele que se constrói a partir das margens, que escuta os sujeitos históricos do sofrimento e que transforma a norma em espaço de luta e reivindicação, de modo que a justiça não é apenas ausência de discriminação formal, mas presença ativa de políticas de reconhecimento, redistribuição e reparação (Davis, 2016).

Portanto, uma abordagem interseccional no direito exige a reconfiguração dos próprios fundamentos epistemológicos, metodológicos e institucionais da prática jurídica. Exige que os juristas assumam o compromisso ético de romper com o tecnicismo normativo e de participar ativamente da reinvenção do direito como espaço plural, inclusivo e insurgente.

7. CRÍTICA AO FORMALISMO JURÍDICO E ALTERNATIVAS EMANCIPATÓRIAS

A tradição jurídica moderna, marcada pelo formalismo, concebe o direito como um sistema fechado, lógico e autorreferente. Essa concepção reduz a complexidade social a categorias abstratas

e ignora os contextos concretos de desigualdade e exclusão (Zizek, 1999).

Em contraposição, surgem propostas de uma prática jurídica emancipadora, que se baseia na escuta ativa, na análise crítica do contexto social e na valorização dos direitos humanos e da justiça substantiva. Modelos como o direito achado na rua (Sousa Junior, 1996), o pluralismo jurídico (Wolkmer, 2015) e as epistemologias do Sul (Sousa Santos, 2010) representam alternativas ao formalismo, pois partem da premissa de que o saber jurídico deve dialogar com a experiência concreta dos sujeitos.

Nesse sentido, a teoria crítica do direito (Cárcova, 2004), o garantismo penal (Zaffaroni apud Zizek, 1999) e o novo constitucionalismo latino-americano (Santamaría, 2012) propõem uma interpretação criativa e responsiva das normas, fundada na responsabilidade ética do jurista frente aos conflitos sociais. O direito deixa de ser um fim em si mesmo para se tornar um meio de realização da dignidade humana.

A resistência jurídica não é apenas uma atitude teórica; ela se manifesta concretamente em práticas institucionais e movimentos sociais que reconfiguram o direito a partir das margens. A seguir, são apresentados exemplos que ilustram como a atuação contra-hegemônica de juristas e coletivos tem operado transformações significativas.

O primeiro caso é o do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), que atua com mulheres em situação de prisão preventiva, promovendo litígios estratégicos no sistema interamericano de direitos humanos. Sua atuação resultou em mudanças legislativas que reconhecem o impacto da prisão sobre crianças e famílias, especialmente em contextos de pobreza extrema.

Outro exemplo é a atuação do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu), que ajuizou ações judiciais com base em princípios do novo constitucionalismo latino-americano, defendendo populações indígenas e quilombolas em face de ameaças ambientais e expulsões ilegais. Ao invocar princípios como dignidade e plurinacionalidade, o coletivo amplia os marcos interpretativos do direito brasileiro.

Na esfera institucional, destaca-se o Projeto "Justiça Itinerante" do Tribunal de Justiça do Amazonas, que leva atendimento jurídico a comunidades ribeirinhas e indígenas, muitas vezes ignoradas pelo sistema oficial. A experiência revela a possibilidade de um direito plural e intercultural, capaz de reconhecer outros sistemas normativos e promover a cidadania ativa.

Essas experiências concretas evidenciam que o direito pode, de fato, ser apropriado como ferramenta de resistência e transformação social, desde que reinterpretado com base na escuta, na experiência e na insurgência de sujeitos coletivos silenciados.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso desenvolvido ao longo deste trabalho evidenciou que o direito, longe de ser um campo neutro, é uma arena de disputas simbólicas e materiais, profundamente atravessada por ideologias que refletem e produzem relações de poder. A suposta neutralidade do discurso jurídico, sustentada pelo formalismo e pela tecnocracia, opera como mecanismo de naturalização das desigualdades sociais, econômicas, raciais, territoriais e de gênero. Nesse sentido, reconhecer a função social do direito implica deslocar o foco da aplicação mecânica da norma para uma compreensão crítica e comprometida com a transformação estrutural das injustiças.

Mais do que um sistema normativo, o direito constitui uma tecnologia de poder que tanto pode reproduzir opressões quanto se converter em instrumento de resistência e emancipação. Esta ambivalência exige uma redefinição ética e epistêmica da prática jurídica: o direito emancipador não é aquele que se contenta com a administração do status quo, mas aquele que se dispõe a tensioná-lo a partir da escuta dos sujeitos subalternizados e da incorporação de saberes e experiências historicamente deslegitimados.

Nesse cenário, o papel do jurista é central. Não se trata de vê-lo como mero aplicador da vontade estatal, mas como sujeito ético-político situado, com responsabilidade ativa na produção e interpretação das normas. Os juristas devem assumir a função contra-hegemônica de mediar os conflitos sociais por meio de uma práxis jurídica sensível às desigualdades interseccionais, às demandas dos movimentos sociais e às lutas por reconhecimento, redistribuição e reparação.

A adoção de uma abordagem interseccional revelou-se indispensável à concretização da função social do direito. Ao evidenciar a sobreposição de opressões e a insuficiência das categorias analíticas tradicionais, a interseccionalidade permite reorientar o direito a partir das realidades vividas por mulheres negras, povos indígenas, comunidades LGBTQIA+, trabalhadores precarizados, populações periféricas e tantas outras coletividades sistematicamente invisibilizadas pelas estruturas jurídicas hegemônicas. Mais que um instrumento de análise, a interseccionalidade emerge como uma ética da escuta, da complexidade e da transformação radical da prática jurídica.

As experiências empíricas analisadas — como as da Defensoria Pública da Bahia, do Coletivo Margarida Alves, do ITTC, do CADHu e dos projetos itinerantes de justiça — demonstram que o direito pode ser reapropriado desde as margens, por sujeitos e coletivos que o transformam em ferramenta de resistência concreta. Estas práticas insurgentes desestabilizam o formalismo jurídico, pluralizam a produção normativa e reposicionam o saber jurídico em diálogo com as epistemologias do Sul, com os feminismos decoloniais e com a justiça territorial.

Nesse horizonte, pensar o direito como prática de liberdade, como linguagem de justiça e como território de possibilidades exige romper com os alicerces eurocêtricos, patriarcais e

capitalistas da tradição jurídica moderna. Trata-se de construir uma ecologia de saberes jurídicos que reconheça a legitimidade dos saberes ancestrais, populares e insurgentes. Trata-se, também, de reinventar o próprio ofício jurídico, substituindo o tecnicismo por uma escuta radical, a abstração por uma ética da presença e a rigidez institucional por uma práxis comprometida com os sentidos vivos da justiça.

Conclui-se, assim, que o direito só poderá cumprir sua função social se for concebido como instrumento de emancipação coletiva, de democratização da vida e de superação das estruturas históricas de opressão. Para isso, é necessário que os juristas deixem de ocupar os palcos da neutralidade para assumir, com coragem epistemológica, sua posição política no teatro das lutas sociais. A construção de um direito plural, situado e comprometido com a dignidade humana exige mais que reformas normativas: exige imaginação crítica, responsabilidade histórica e um pacto ético com a justiça substantiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos de Estado. São Paulo: Paz & Terra, 2022.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El activismo judicial y los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2007.
- CÁRCOVA, Carlos Maria. Política, ideología y derecho. Buenos Aires: Eudeba, 2004.
- CHAUI, Marilena. O que é Ideologia - Volume 13. Brasília: Brasiliense, 2001.
- COLETIVO MARGARIDA ALVES. Home page. Belo Horizonte: CMA, 2012–. Disponível em: <<https://coletivomargaridaalves.org/>>. Acesso em: 01 jul. 2025.
- COLLINS, Patricia Hill. Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento. São Paulo: Boitempo, 2019.
- CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. Stanford Law Review, v. 43, n. 6, p. 1241–1299, 1991.
- CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. In: Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002. Tradução de Flávia Rios e Márcia Lima.
- CRISPI, Grisel. As lutas sociopolíticas das “Margaridas”: uma breve reflexão a partir da perspectiva teórica da interseccionalidade. In: *Anais do VII Seminário Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais*, Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.encontro2023.anpocs.org.br/arquivo/...>>. Acesso em: 01 jul. 2025.
- CURIEL, Ochy. Descolonización y despatriarcalización de y desde los feminismos del Abya Yala. Quito: INREDH, 2014.
- DAVIS, Angela. A liberdade é uma luta constante. São Paulo: Boitempo, 2016.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2007.

ESCOBAR, Arturo. *Sentipensar com a Terra*. São Paulo: Elefante, 2021.

ESCOBAR, Arturo. *Pluriversal Politics: The Real and the Possible*. Durham: Duke University Press, 2021.

FOUCAULT, Michel. *Ciência e Saber*. In: *A Arqueologia do Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*. Buenos Aires: Katz, 2014.

GROSGOUEL, Ramón. Para descolonizar os saberes: por uma perspectiva epistemológica pluriversal. *Revista Sociedade e Estado*, v. 31, n. 1, p. 25–49, 2016.

LUGONES, María. *Colonialidad y género*. *Tabula Rasa*, n. 9, p. 73-101, 2008.

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010.

MIÑOSO, Yuderkys Espinosa. *Feminismos descoloniales y pensamiento crítico latinoamericano*. Buenos Aires: CLACSO, 2021.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *O novo constitucionalismo latino-americano*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 23-71.

SANTOS, Larissa. *A interseccionalidade na prática institucional: o caso da Defensoria Pública da Bahia no enfrentamento à violência contra a mulher negra*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2022.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo. *O direito achado na rua*. Brasília: UnB, 1996.

WALSH, Catherine. Interculturalidade e colonialidade do poder: um pensamento e posicionamento ‘outro’ a partir da diferença colonial. *Revista Estudos Avançados*, v. 22, n. 64, p. 27–38, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Saraiva Jur, 2015.

ZIZEK, Slavoj. *O espectro da ideologia*. In: ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

HERANÇA DIGITAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Millena Fitz Garcia de SOUZA¹

RESUMO

A revolução tecnológica impulsionou o surgimento de tecnologias que, ao buscarem refletir a sociedade no meio virtual, desafiaram os instrumentos jurídicos na tutela jurisdicional das ferramentas eletrônicas. É nesse cenário, aliado ao falecimento do usuário virtual, que surgem questionamentos sobre as possibilidades de (in)transmissão dos chamados bens digitais, abandonados repentinamente pelo indivíduo como vestígios de sua existência. Desta forma, a questão central elenca-se: “A herança digital é compatível com as normas da sucessão hereditária no ordenamento jurídico brasileiro?”. Esta pesquisa dedicou-se à compreensão conceitual do tema, com o objetivo de elencar os desafios éticos e legais associados à transmissibilidade, contribuindo, audaciosamente, para o norteamento da criação de leis específicas que uniformizem as decisões judiciais. Para tanto, buscou identificar os desafios sob o prisma do conflito entre os princípios constitucionais da herança aos sucessores do *de cujus* e as peculiaridades dos direitos da personalidade do falecido, especialmente em relação aos bens digitais. Além disso, com uma perspectiva ampliada, objetivou definir os embates e as possibilidades que permeiam esse cenário. Para alcançar seus objetivos, utilizou a abordagem qualitativa, empregando o método hipotético-dedutivo por meio de análises bibliográficas. Os resultados confirmaram a hipótese, evidenciando a premente necessidade de regulamentação específica para a herança digital, dada sua incompatibilidade parcial com o regime sucessório vigente. Concluiu-se, portanto, que a omissão legislativa é a causa principal dos conflitos, especialmente diante da urgência em equilibrar os direitos dos herdeiros e de terceiros, sem violar os direitos da personalidade do falecido.

PALAVRAS-CHAVE: Bens digitais. Direitos de patrimônio. Direitos da personalidade. Sucessão.

ABSTRACT

The technological revolution has driven the emergence of technologies that, in seeking to mirror society in the virtual environment, have challenged legal instruments in providing judicial protection to electronic tools. It is within this context, coupled with the passing of the virtual user, that questions arise regarding the possibilities of (non-) transmission of so-called digital assets, abruptly abandoned by the individual as traces of their existence. Thus, the central issue is posed: “Is digital inheritance compatible with the rules of hereditary succession under Brazilian law?”. This research focused on the conceptual understanding of the topic, aiming to outline the ethical and legal challenges associated with transmissibility, boldly contributing to the guidance of creating specific laws to standardize judicial decisions. To this end, it sought to identify the challenges through the lens of the conflict between the constitutional principles of inheritance to the successors of the *de cujus* and the peculiarities encompassed by the personality rights of the deceased, particularly concerning digital assets. Furthermore, with a broadened perspective, it aimed to define the disputes and possibilities surrounding this scenario. To achieve its objectives, it employed a qualitative approach, using the hypothetical-deductive method through bibliographic analyses. The

1 Sou graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Ourinhos (Unifio), estou no último termo e tenho previsão de concluir o curso em julho de 2025. Já fui aprovada no 42 Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Tenho experiência prática nas áreas Cível, Empresarial, Trabalhista e do Consumidor, atuando na elaboração de peças processuais, acompanhamento de movimentações judiciais, análise de casos concretos, confecção de contratos e participação em mediações de conflitos. Ao longo da minha trajetória, venho desenvolvendo habilidades em comunicação e atendimento ao público, além de aprender a trabalhar em ambientes que exigem organização, formalidade e respeito aos procedimentos. Pretendo iniciar minha atuação profissional na advocacia assim que concluir a graduação.

results confirmed the hypothesis, highlighting the urgent need for specific regulation of digital inheritance, given its partial incompatibility with the current succession regime. It was concluded, therefore, that legislative omission is the primary cause of conflicts, particularly considering the urgency to balance the rights of heirs and third parties, while safeguarding the personality rights of the deceased.

KEYWORDS: Digital assets. Property rights. Personality rights. Succession.

1 INTRODUÇÃO

Diante da revolução tecnológica, a sociedade contemporânea passou por um desenvolvimento acelerado, que diariamente impulsiona a criação de diversos dispositivos, os quais tendem progressivamente a inserir a população e a realidade concreta em uma espécie de “metaverso”.

O termo mencionado, embora não possua uma definição científica homogênea, refere-se a uma ideia futurista de imersão tridimensional do cotidiano humano no meio virtual, com a participação real do usuário. Ou seja, trata-se de uma “segunda realidade” em que, dotado de autonomia, o ser humano pode empenhar-se em criar uma nova vida, com relações sociais e econômicas controladas por seus comandos e atuadas por seus avatares dentro das plataformas eletrônicas.

Apesar de tal “dimensão” ainda não ter alcançado a existência plena com o total espelhamento desejado, é inegável que, na atualidade, já há uma intensa participação da humanidade no ambiente virtual, especialmente porque a praticidade, a autonomia e a economia fornecidas pelos dispositivos seduzem diariamente os indivíduos a integrarem uma geração de cliques desenfreados.

Entretanto, é diante do falecimento dos controladores desses referidos itens eletrônicos que surgem as dúvidas, visto que, uma vez adquiridos pelo usuário, tais ativos permanecem por um período que muitas vezes ultrapassa a expectativa de vida humana, tornando-se “soltos ao léu” nas redes, sem qualquer roteiro uniforme que antevêja sua destinação.

É nesse cenário, e justamente no foco desta pesquisa, que surgem diversas dúvidas no ordenamento jurídico brasileiro quanto às possibilidades para a transferência desses bens. Nesse embate, embora o tema ainda não seja regulado, parte dos juristas, sob a ótica do direito constitucional à garantia da herança, defendem a transmissão integral desses materiais eletrônicos aos sucessores. Tal interpretação, no entanto, é contraposta por uma segunda corrente jurídico-filosófica, que justifica suas ressalvas com o argumento de que os ativos digitais caracterizam-se como a expressão dos direitos da personalidade do falecido, devendo, portanto, extinguir-se com o óbito.

Diante disso, a questão central desta pesquisa é: a herança digital é compatível com as normas da sucessão hereditária no ordenamento jurídico brasileiro? A hipótese é de que, em razão da ausência de legislação específica sobre o tema, existem diversos desafios éticos e legais associados à transferência de ativos digitais após o falecimento de uma pessoa. Daí a necessidade de regulamentação para garantir que os sucessores tenham seus direitos resguardados, sem violar os direitos da personalidade da pessoa falecida.

Assim, a pesquisa tem como objetivo geral apresentar algumas reflexões acerca da herança digital à luz do regime de sucessão hereditária vigente no Brasil. Como objetivos específicos, busca-se, primeiramente, apresentar o regime de sucessão hereditária no Brasil. Em seguida, será feito um estudo sobre os direitos da personalidade do usuário falecido. Por fim, serão analisados os desafios e possibilidades da chamada herança digital no Brasil.

A presente pesquisa, consolidada por meio da metodologia bibliográfica, justifica-se pelo crescente desenvolvimento tecnológico e pela escassez de fontes legais e especializadas sobre os ativos digitais, os quais, ao oferecerem uma ideia de privacidade e autonomia por meio das plataformas eletrônicas, são adquiridos pelo usuário falecido, que, paralelamente, também é detentor de direitos da personalidade.

2 DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A palavra "sucessão", derivada do latim *successio*, que significa avanço ou seguimento, possui ampla abrangência conceitual e é capaz de representar diversas espécies de relações jurídicas, integrando áreas distintas do direito brasileiro.

Em uma análise em sentido estrito, no âmbito do Direito das Sucessões, a sucessão trata-se da modalidade de transmissão que regulamenta a transferência do conjunto de bens, direitos e obrigações de uma pessoa física para seus herdeiros, em razão de seu falecimento (Coelho, 2012), sendo seus fundamentos e métodos de execução adaptados aos valores prevalentes de cada época.

Inicialmente, o instituto solidificou-se em fortes valores religiosos, tratando a propriedade de forma familiar por intermédio da chefia do varão mais velho. Desenvolveu-se, na sequência, para uma perspectiva individual, firmada sob a primogenitura masculina e, atualmente, sob o viés contemporâneo, processa-se entre os herdeiros de forma equitativa e, especialmente, em busca da garantia dos direitos humanos (Gonçalves, 2023).

Fato é que, o ramo ainda suscita fortes debates quanto à essência precípua de sua existência, especialmente sob o viés filosófico. Para os jusnaturalistas, o direito de sucessão é considerado uma criação meramente positiva, passível de extinção, especialmente por referir-se a um impulso para a desigualdade social. Já os seguidores das correntes liberais sustentam que está

intrinsecamente ligado ao direito de propriedade e, portanto, a produção de riquezas e ao desenvolvimento econômico (Gonçalves, 2023).

Deste modo, é evidente que a sociedade brasileira atual integra um contexto capitalista de meios de produção, razão pela qual a segunda linha teórica melhor se ajusta aos valores sociais predominantes na atualidade. Assim, aduz-se que "o fundamento do direito sucessório é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família" (Diniz, 2023, p. 10), reconhecendo-se que a propriedade, além de seu potencial econômico, desempenha importante função social na estruturação familiar e se faz de considerável relevância para a compreensão da finalidade da transferência patrimonial e para a firmada dos objetivos do legislador para a regulação da sucessão hereditária, cuja análise será delineada nos tópicos seguintes.

2.1 Da Sucessão em Geral

A sucessão tem início com a extinção da existência da pessoa natural mediante o óbito, que, para além de afetar o sujeito em si, também provoca o desligamento das atividades de um usuário virtual. Seu objetivo consiste na prevenção do esvaimento do domínio dos bens jurídicos do *de cujus*, promovendo a substituição de sua titularidade aos herdeiros.

Assim, é a partir da declaração da morte — real ou presumida (nos casos de ausência declarada) — que se concretiza o chamado princípio da *saísine*, o qual, por meio de um ato jurídico ficto, opera a migração instantânea da posse indireta dos bens do falecido para seus herdeiros (Carvalho, 2023), conforme elenca o artigo 1.784 do Código Civil (Brasil, 2002).

Desse cenário, surgem duas figuras principais, o falecido e o herdeiro ou sucessor (Tartuce, 2023), sendo este último correspondente àquele que recebe a transmissão de bens do falecimento do primeiro e que se classifica como "sucessível" ou "não sucessível".

O chamado herdeiro sucessível é aquele legal e naturalmente apto a receber a herança, enquanto o não sucessível apenas poderá ser beneficiado caso esteja contemplado em declaração de última vontade, ou seja, no testamento deixado pelo falecido (Coelho, 2012). Sob essa perspectiva, e conforme dispõe o artigo 1.786 do Código Civil (Brasil, 2002), distinguem-se duas principais espécies de sucessão no ordenamento jurídico brasileiro: a sucessão legítima e a sucessão testamentária.

A sucessão legítima é aquela transmissão que decorre diretamente da ordem legal, aplicável nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade do testamento. Já a sucessão testamentária decorre de disposição formal de última vontade, realizada pelo autor da herança, desde que observados os requisitos legais de validade (Diniz, 2023).

Frente a ambas as espécies, o Código Civil estabelece, em seu artigo 1.788 (Brasil, 2002), que a ordem de apuração da sucessão deve respeitar a seguinte lógica residual: primeiro, busca-se identificar a existência de testamento válido e eficaz; não havendo, aplica-se a sucessão legítima.

É, portanto, em razão dessas variáveis que a herança admite múltiplas classificações dos herdeiros, resultando em diferentes divisões e abordagens, que dependem dos métodos sucessórios escolhidos pelo falecido, da existência ou não de planejamento sucessório e da estrutura familiar do *de cujus* para sua concretização.

2.2 Da Herança e sua Administração

Não é para menos que a herança integra o “rol” dos preceitos fundamentais e está condicionada em cláusula pétrea pelo artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal (Brasil, 1998).

Definida como “[...] os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis [...]” (Gonçalves, 2023, p. 408), submete-se a diversos atos jurídicos sequencialmente ordenados para ser devidamente entregue aos seus destinatários.

Isto porque, sob a figura do princípio de *saisine*, o falecimento do *de cujus* detém o poder exclusivo de tão somente entregar o direito de herdar, pois nesta ocasião apenas “devolve-se a herança”, ou melhor, defere-se o acervo hereditário aos sucessores (Gonçalves, 2023). No entanto, a efetiva entrega da propriedade apenas ocorrerá, contudo, após o início dos atos formais de transferência, mediante acolhimento ou renúncia formal dos herdeiros.

Neste momento, resta aos herdeiros o papel de assumir a integralidade dos bens, que atrelam-se à uma ideia da entrega unitária do patrimônio (Coelho, 2012), considerando-se que, sob o prisma do artigo 1.791 do Código Civil (Brasil, 2002), “entre a abertura da sucessão e a partilha, o direito dos coerdeiros à herança será, pois, indivisível” (Gonçalves, 2023, p. 15).

Em razão de tal princípio unitário, bem como da proibição da realização de contrato de herança de pessoa viva, enquanto não determinada a partilha, os herdeiros não são capazes de realizar vendas individualizadas dos bens, em vista de não deterem suas posses diretas.

Deste modo, ainda que a cessão integral ou de parte da herança seja possível, conta, entretanto, com um caráter abstrato, em que sujeito sucessor apenas poderá entregar a terceiro a sua respectiva fração ideal da herança e não os bens individualizados, respeitando, obrigatoriamente, a ordem de preferência dos demais herdeiros, conforme as regras de condomínio que juntos integram.

Para que tal partilha seja realizada, conforme orienta Flávio Tartuce (2023), o processo deve ser instaurado dentro de 2 meses, a partir da data da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12

meses subsequentes, período em que, conforme complementa Dimas Messias de Carvalho (2023), a propriedade deverá ser administrada por um administrador provisório, sendo que, apenas diante do inventário que a administração é transferida ao inventariante. Por fim, prosseguindo-se à partilha dos bens, que poderá ser requerida pelos devidos interessados em busca da separação de cada um de seus quinhões, finalizando-se com a publicação da sentença homologatória correspondente.

2.3 Da Vocação Hereditária

Advinda do direito romano, por meio da figura da Lei das XII Tábuas, a sucessão legítima estabelece a integral entrega do patrimônio do *de cujus* aos sucessores legítimos, os quais são vocacionados a receber sua devida propriedade continuativa em razão da lei vigente, especialmente no que tange ao artigo 1.829 do Código Civil (Brasil, 2002, online), o qual determina uma ordem subjetiva sequencial de transmissão. A seguir:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

Em busca da salvaguarda à família e seus membros de modo individualizado, caso o *de cujus* detenha familiares pertencentes a qualquer das figuras acima delineadas, aplicada a sucessão legítima, deverá ocorrer a transmissão do patrimônio a que eles cabem por direito. Tal transmissão ocorre mediante a um chamamento legal realizado mediante uma sequência legal denominada ordem da vocação hereditária (Gonçalves, 2023).

Tal ordem, contudo, torna-se mais acirrada em vista da existência da subclassificação dos herdeiros necessários, por meio dos quais se cria “[...] uma proteção especial para a classe dos herdeiros com vínculo de parentesco mais estreito com o falecido, protegendo-os” (Carvalho, 2023, p. 135).

Conforme o artigo 1.845 do Código Civil (Brasil, 2002), tais indivíduos são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, excluindo manifestamente os parentes colaterais da ordem necessária. Desta forma, estes últimos, apesar de ainda legítimos, tornam-se facultativos à transmissão patrimonial, o que, todavia, não os exclui como opção apta à transmissão (Coelho, 2012).

Ocorre que, em busca da proteção aos entes determinados, conforme artigo 1.846 do Código Civil (Brasil, 2002), a metade dos bens da herança, denominada “legítima”, isto é, 50% (cinquenta por cento), é resguardada por lei e limita a capacidade do *de cujus* de testar; contudo, quanto à outra metade residual, poderá o *de cujus* entregá-la a quem desejar, conforme seus anseios

particulares.

Nesta configuração, cumpre ressaltar que ainda que sejam chamados de herdeiros necessários, tais indivíduos não se encontram consolidados estaticamente ao recebimento do patrimônio, razão pela qual poderão ser excluídos da partilha e chamados a não integrem à legítima, quando em razão da indignidade ou deserção.

De todo modo, certo é que, tratando-se apenas de pessoas físicas e jurídicas legitimadas a receber a herança por sucessão *causa mortis* (Azevedo, 2019), detentoras de moralidade jurídica, terão os vocacionados a garantia do recebimento de sua quota-parte, uma vez declarado seu estrito vínculo familiar.

2.4 Da Sucessão Testamentária

Apesar de não tratar-se de uma alternativa usualmente praticada, a realização da sucessão testamentária caracteriza-se pela criação de uma declaração unilateral personalíssima, em que o indivíduo possui a prerrogativa de determinar os destinos de seus bens a qualquer pessoa que desejar.

Tais declarações definem-se como um “negócio jurídico solene, unilateral e não receptício, pelo qual o declarante manifesta a vontade acerca da destinação de seus bens após a morte, podendo também dispor sobre alguns temas desprovidos de caráter patrimonial” (Coelho, 2012, p. 217).

Restringindo-se apenas à garantia mínima proposta em favor de certos membros de sua família (Coelho, 2012), isto é, preservando-se a legítima dos herdeiros necessários conforme dispõe o artigo 1.846 do Código Civil (Brasil, 2002), o *de cujus* poderá atribuir proporções diferenciadas entre seus herdeiros legítimos e/ou incluir, em seu testamento, herdeiros exclusivamente testamentários ou legatários, quanto à parcela remanescente de seu patrimônio.

[...] A pessoa pode ser apenas sucessora testamentária, assim como pode ser apenas legítima; mas pode ocorrer de o sucessor legítimo ser agraciado, por testamento, com uma porção acrescida à sua parte na herança, sendo assim também testamentário (Coelho, 2012, p. 174).

Importante é salientar que, apesar da autonomia entregue ao *de cujus* para que determine suas preferências póstumas, o legislador brasileiro preocupou-se muito em cuidar que tal decisão não fosse corrompida por vícios maliciosos de indivíduos que, em busca de um fácil enriquecimento, buscam burlar os procedimentos sucessórios.

Por esta razão, firmado unilateralmente e dotado de formalidades próprias determinadas em lei, ainda, por segurança, detém, entre suas características cumulativas essenciais, a necessidade de tratar-se de um ato solene, isto é, vinculado às formalidades e solenidades estritas elencadas pela legislação vigente à época de sua constituição. Tais determinações formais, caso não cumpridas,

ocasionarão a pena de nulidade, transmutando a sucessão testamentária estritamente aos moldes legais (sucessão residual legítima).

Nítido é que, a cada determinação quanto à especificidade dos bens empregados à transmissão, à formalidade em que ela é praticada e aos sujeitos por ela integrados, novos contornos determinarão participações mais intrusivas ou recuadas dos sucessores, fatos que ocasionarão consequências marcantes quando da proporção da separação definitiva dos bens.

3 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO USUÁRIO FALECIDO

Em atenção ao princípio de *saisine*, contemplado pelo artigo 1.784 do Código Civil (Brasil, 2002), é fato que a posse e a propriedade da herança do falecido são automaticamente transmitidas aos seus herdeiros no momento do óbito (Gonçalves, 2024). Portanto, com o objetivo de delimitar os bens integrantes efetivos do ato de transmissão *causa mortis*, se faz imprescindível, inicialmente, compreender a natureza e a abrangência do termo “bens”.

Em sentido amplo, segundo denota Bruno Zampier (2021), o termo refere-se precisamente ao objeto do direito subjetivo ou da relação jurídica. Ou seja, constitui-se como algo externo à pessoa, sobre o qual a vontade desta recairá.

Ocorre que, especificamente no âmbito do Direito das Sucessões, o instituto da herança integra não apenas bens, mas também dívidas, créditos, débitos, direitos, obrigações, pretensões e ações que restaram em titularidade do falecido no momento de sua morte e que são transmissíveis aos seus sucessores (Gonçalves, 2024).

Portanto, instruída pelo princípio da sucessão universal, a transmissão *causa mortis* integra por si, bens corpóreos e incorpóreos de relevância jurídica que, segundo Sílvio de Salvo Venosa (2023, p. 274) correspondem, respectivamente, a um total de bens perceptíveis ou imperceptíveis aos sentidos humanos.

Nesse cenário, em vista da ampla utilização de instrumentos eletrônicos e da progressiva imersão da sociedade no ambiente virtual, surgem os chamados “bens digitais”, também denominados “ativos digitais”, que correspondem a conteúdos criados e gerenciados em redes eletrônicas, de forma intangível e abstrata, e que se aproximam dos tradicionais “bens incorpóreos” (Cardoso, 2023).

É diante das conceituações próprias de cada elemento, contudo, que surgem diversas dúvidas acerca da transmissibilidade dos bens digitais, isto porque, embora o termo “herança digital” corresponda ao acervo eletrônico deixado pelo *de cujus* após sua morte, que poderá, em tese, ser transmitido aos seus herdeiros (Nigri, 2021), a expressão destoa significativamente da conceituação tradicional do formato originário dos bens constituintes do acervo hereditário,

convencionalmente aferível apenas por elementos patrimonialmente relevantes.

Por isso, os embates não encontram solução nítida quando da análise superficial dos termos, especialmente porque a progressiva variação de formatos de bens e instrumentos eletrônicos fazem com que a realidade fática regularmente deixe de se subsumir às normas vigentes sobre a matéria, ocasionando, desse modo, obscuridade jurídica sobre o tema.

3.1 Dos Bens Digitais: Bens Patrimoniais, Extrapatrimoniais (Existenciais) e de Caráter Híbrido

Não obstante o fato de que os bens digitais se classificam como bens incorpóreos, eles não se incluem naturalmente na transmissão da herança, uma vez que encontram barreiras significativas perante a análise de sua natureza. Isto porque, ainda que armazenados fisicamente em dispositivos ou em serviços de armazenamento (Terra; Oliva; Medon, 2021), distanciam-se consideravelmente dos moldes tradicionais de bens jurídicos incluídos pelo ordenamento jurídico no processo de sucessão.

Nesse passo, abrangendo uma nova espécie de propriedade, os bens digitais são subdivididos em bens patrimoniais, extrapatrimoniais (existenciais) e de caráter híbrido (Cardoso, 2023).

Em primeiro plano, a categoria denominada “bens digitais patrimoniais” refere-se a bens incorpóreos correspondentes a informações de caráter pessoal, inseridas progressivamente na internet por um usuário, que detenham a capacidade de gerar repercussões econômicas imediatas (Zampier, 2021). Assim, tratam-se de conteúdos exclusivamente detentores de valor econômico e que, portanto, são imediatamente transmissíveis aos herdeiros, entre os quais se incluem: criptomoedas (como Bitcoin) e canais no YouTube (Jacob; Ferreira, 2024).

Em seguida, no tocante aos bens extrapatrimoniais, ou existenciais, a classificação refere-se a itens de caráter puramente existencial, isto é, pessoal. Quanto ao seu método de constituição, esclarece Bruno Zampier (2021, s.p.):

Cada ser humano, a partir do momento em que se tornar usuário da Internet, terá a possibilidade de titularizar ativos digitais de natureza personalíssima. E esse movimento é altamente comum nos dias atuais, com a proliferação tantas vezes demonstrada neste estudo das redes sociais. O sujeito irá realizar o upload de fotos, vídeos, externar suas emoções, seus pensamentos, suas ideias, sua intimidade, com um número ilimitado de pessoas. Este conjunto de atributos extrapatrimoniais digitalizados ao longo do tempo, formaria a noção de bem tecnodigital existencial.

Trata-se, portanto, de ativos que possuem sua natureza desvinculada de interesses econômicos e que se referem, exemplificativamente, a itens como arquivos armazenados em nuvem no Google Drive e históricos de mensagens trocadas em redes sociais privadas (Jacob; Ferreira,

2024).

Por fim, destaca-se a existência dos chamados bens digitais de caráter híbrido, os quais detêm, concomitantemente, caráter existencial e patrimonial e exemplificam-se, majoritariamente, por instrumentos virtuais de plataformas que permitem aos usuários realizar postagens e compartilhamentos públicos com exploração econômica, mas mantêm ferramentas para ações privadas, como no caso do Facebook (Messenger) ou do Instagram (Direct) (Jacob; Ferreira, 2024). É o caso dos emblemáticos perfis ativos em diversas redes sociais de integrantes de uma nova atividade profissional denominada “influenciadores digitais”.

Dessa forma, observa-se que, à medida que as manifestações do usuário são realizadas no ambiente virtual, os bens digitais podem atrelar-se não apenas ao patrimônio dos usuários, mas também, de modo integral ou parcial, à sua personalidade jurídica. Portanto, sua natureza impacta diretamente a ótica empregada sobre sua potencial transmissão *causa mortis*.

3.2 Dos Direitos da Personalidade do Usuário

Em vista da evolução da classificação de bens digitais e justamente a partir da subclassificação de bens digitais que os emblemáticos desafios agregam complexidade à matéria, especialmente porque os bens extrapatrimoniais (existenciais), correspondem a itens de valor meramente afetivo e existencial e, portanto, vinculados à pessoa do usuário.

Por essa razão, destoam do caráter patrimonial da herança, gerando um conflito entre dois direitos constitucionais fundamentais amplamente defendidos pelo ordenamento jurídico brasileiro: o direito de propriedade e o direito da personalidade.

Destarte, em atenção ao artigo 1º do Código Civil (Brasil, 2002), a chamada personalidade jurídica corresponde à aptidão de um indivíduo para adquirir direitos e contrair obrigações e, dessa forma, assumir a condição de sujeito de direito (Diniz, 2024). Nesse passo, sob a garantia da efetividade dessa capacidade, emergem os chamados direitos da personalidade, estes os quais, elencados pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal (Brasil, 1998), asseguram expressamente o direito à privacidade, que se espelha na inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (Teixeira, 2024).

Da mesma forma, sistematizados no Capítulo II do Código Civil (Brasil, 2002), entre os artigos 11 a 21 daquele diploma legal, esses direitos corroboram uma nova hermenêutica jurídica que posiciona o ser humano como o “coração do direito civil contemporâneo”, sob um sistema geral de tutela à pessoa humana, que tem como principal consequência a elasticidade interpretativa (Bioni, 2021).

Essa característica se realça diante do célere desenvolvimento tecnológico, uma vez que,

vinculada à essência humana, a matéria legal torna-se impossível de ser limitada, sendo, inclusive, especialmente impossível prever seu porvir diante das conquistas biotecnológicas e do progresso econômico-social (Diniz, 2024).

Tal medida justifica-se pelo uso exponencial das redes e pelo tratamento de dados, não apenas para a otimização de suas necessidades, mas também pela possibilidade de uma nova personalidade virtual, também denominada *e-personality*, que não se limita, obrigatoriamente, à sua realidade fática e que permite ao usuário tornar-se aquilo que sonha por intermédio do meio digital (Hernandez, 2022).

Além disso, é fato que “a renúncia a qualquer direito da personalidade afetaria sua inviolabilidade e significaria renunciar a si mesmo, para converter-se de sujeito em objeto” (Lobo, 2025, p. 91), o que não se pode permitir, uma vez superada a interpretação constitucional preponderantemente patrimonial.

Outrossim, esse cenário, atrelado à conjuntura enlutada dos herdeiros, os ativos digitais passam a adquirir, além de uma carga existencial, uma carga afetiva significativa, gerando sentimentos intensos nos sucessores.

3.3 Da (In)Transmissibilidade dos Bens Digitais Extrapatrimoniais (Existenciais)

Além do fato de que os bens jurídicos tutelados por essa categoria de direitos subjetivos não são passíveis de avaliação pecuniária e, por isso, são classificados como extrapatrimoniais (Madeira; Campos, 2024), os direitos da personalidade possuem atributos como a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade que, expressamente contempladas pelo artigo 11 do Código Civil (Brasil, 2002), integram o núcleo principal do debate sobre a transmissibilidade, total ou parcial, da herança digital.

Isto porque, conforme dispõe o artigo 2º do Código Civil (Brasil, 2002), os direitos da personalidade são inalienáveis, isto é, adquiridos no instante da concepção do sujeito e mantidos ao longo da vida humana. Dessa forma, extinguem-se apenas com o óbito do titular (Diniz, 2024), nos termos dos artigos 6º e 7º do Código Civil (Brasil, 2002), com o perecimento da existência da pessoa natural.

Ocorre que esse elemento, todavia, “[...] conduz a pessoa humana, a quem é dirigida a proteção máxima do ordenamento, ao limbo jurídico, ao vazio normativo, retirando-lhe qualquer relevância e negando-lhe qualquer tipo de respeito ou tutela” (Terra; Oliva; Medon, 2021, s.p.), haja vista que os direitos da personalidade se projetam, em certa medida, no tempo futuro por intermédio de seus familiares.

É nesse sentido que o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil² (Brasil, 2002)

estabelece a legitimidade do cônjuge sobrevivente ou de qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau para exigir a cessação de ameaça ou lesão aos direitos da personalidade do *de cujus*.

Do mesmo modo, o artigo 20 do mesmo diploma legal³ (Brasil, 2002) dispõe sobre a legitimidade do cônjuge, ascendentes ou descendentes para proteger a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, exposição ou utilização da imagem do falecido.

Como se nota, apesar de as lesões aos direitos da personalidade do falecido não repercutirem sobre ele em virtude da cessação de sua existência, produzem efeitos no meio social, e, por isso, são coibidas pelo legislador, que conferiu a determinados legitimados o poder de agir contra referidas violações (Terra; Oliva; Medon, 2021, s.p.).

Nesse contexto, atrelado ao progressivo desenvolvimento dos bens digitais e à análise de sua transmissibilidade, emergem três principais correntes doutrinárias que buscam harmonizar os interesses considerados.

As três correntes sobre herança digital divergem quanto à sua transmissibilidade: a primeira a nega por intangibilidade, a segunda admite apenas bens patrimoniais, e a terceira inclui também conteúdos sem valor econômico (Almeida, 2025).

Nesse cenário, estabelece-se o principal embate doutrinário, principalmente no tocante às duas últimas correntes mencionadas.

Sob a ótica da vertente clássica, isto é, da segunda corrente doutrinária, os elementos da irrenunciabilidade e da intransmissibilidade impõem uma expressa impossibilidade da sucessão *causa mortis* dos bens digitais extrapatrimoniais e, conseqüentemente, de sua inclusão na herança digital (Fujita; Silva, 2023), motivo pelo qual se justifica a restrição apenas aos bens economicamente relevantes como transmissíveis aos sucessores.

Outrossim, essa corrente ganhou grande repercussão no ordenamento jurídico brasileiro, o que se verifica, exemplificativamente, por meio do Enunciado nº 40 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (2025), que dispõe: “A herança digital pode integrar a sucessão de seu titular, ressalvadas as hipóteses envolvendo direitos personalíssimos, direitos de terceiros e disposições de última vontade em sentido contrário”.

Ocorre que, embora se espelhe em fundamentos clássicos do direito civil, o método essencialmente patrimonialista defendido por essa corrente não se correlaciona completamente com as necessidades contemporâneas dos indivíduos. Isto porque, contrasta com os produtos do mundo digital que, sob as classificações cíveis atuais, tendem a ser imateriais e associados a memórias afetivas que nem sempre podem ser valorados economicamente (Almeida, 2025).

Dessa forma, norteadas por interpretações contemporâneas dos direitos digitais, emerge a terceira corrente doutrinária, enunciando que todo e qualquer conteúdo pertencente ao patrimônio

digital do falecido é passível de integrar a herança, salvo disposição expressa em vida do titular em sentido contrário (Terra; Oliva; Medon, 2021).

Essa interpretação doutrinária estabeleceu-se, especialmente, após o julgamento de um caso paradigmático no tribunal alemão *Bundesgerichtshof*, correspondente ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, em 2018. Na ocasião, os pais de uma menor falecida em 2012 requereram judicialmente ao Facebook o acesso à conta de sua filha, transformada em memorial, a fim de esclarecer a causa de seu falecimento — se decorrente de um acidente ou de um suicídio.

Sob a análise de Mendes e Fritz (2019), observa-se que o tribunal alemão optou por privilegiar a autonomia privada e a autodeterminação do titular. Além disso, com base no princípio da sucessão universal e na verificação da abusividade dos termos de uso das plataformas, o tribunal deferiu o acesso aos pais.

Nesse sentido, sob esse viés interpretativo, a corrente contemporânea argumenta que a extinção dos bens digitais essenciais é lesiva a todas as partes envolvidas no processo sucessório.

4 DA HERANÇA DIGITAL: POSSIBILIDADES E DESAFIOS

É diante dos embates doutrinários e da possibilidade de que o acesso a dados represente uma grave violação de direitos fundamentais que se torna aconselhável que a legislação estabeleça diretrizes próprias a serem seguidas pelos provedores, a fim de preservar a imagem do *de cujus* (Boaventura, 2023).

Contudo, é notório que a omissão legislativa encontra grandes dificuldades, especialmente porque a delimitação ética da herança digital se relaciona a diversos fatores, entre os quais se incluem a análise da natureza da informação, da relação do falecido com os herdeiros e, também, do contexto do acesso. Para tanto, é essencial a determinação de diretrizes claras sobre as informações acessíveis e sob quais condições (Naves, 2024).

O avanço dos meios digitais não trouxe apenas celeridade às comunicações, mas também transformações significativas aos valores da sociedade. Assim, reconhecer que os herdeiros devem possuir direitos legítimos sobre os ativos digitais do falecido é essencial para assegurar que esses bens sejam devidamente protegidos e administrados. Portanto, a legislação deve acompanhar, com prontidão, as mudanças tecnológicas e as novas demandas da sociedade contemporânea (Naves, 2024).

Nesse cenário, a partir do ano de 2012, surgiram diversos projetos no Poder Legislativo apresentados com o objetivo de nortear a temática. Contudo, seus textos, ao debater elementos frequentemente conflitantes e relativos à herança digital, não superaram, de forma plenamente eficaz, as barreiras da inserção dos bens digitais ao procedimento sucessório, razão pela qual

restaram infrutíferos.

A iniciativa mais recente é o Projeto Legislativo n.º 04/2025 (Senado Federal, 2025), que foi apresentado em 31 de janeiro de 2025 no Plenário do Senado Federal, por intermédio do Senador Rodrigo Pacheco, e refere-se a um anteprojeto para a reforma do Código Civil de 2002 e de sua legislação correlata. O documento, elaborado no prazo de oito meses, de forma analítica, elenca a modificação e revogação de 897 artigos do diploma vigente, acrescentando-lhe outros 300 dispositivos (Senado Federal, 2025).

Para tanto, por meio da inclusão do “Capítulo V – Patrimônio Digital”, representa grande avanço à temática sucessória, especialmente porque, ao “[...] definir o que é patrimônio digital, reconhecendo a titularidade desses bens garantindo direitos plenos e tornando as plataformas mais seguras, restaram mais elucidativas as maneiras de conduzir a gestão da herança digital” (Avila, 2025, p. 122).

Adicionalmente, acrescenta-se à proposta a inclusão do conceito de herança digital ao procedimento sucessório sob o viés interpretativo tradicionalista, em que há a transmissão exclusiva aos herdeiros dos bens digitais de caráter patrimonial (Senado Federal, 2025).

Por fim, uma vez reconhecidos os desafios decorrentes da ausência legislativa, intensifica-se a heterogeneidade jurisprudencial, especialmente porque os embates doutrinários estão intimamente correlacionados às posições sobre a (in)transmissibilidade dos ativos de cada juízo e à ausência de parâmetros legais à tutela jurisdicional.

4.1 Do Marco Civil da Internet, Lei Geral de Proteção de Dados (Lgpd) e a Proteção Pós-Morte do Usuário

O desenvolvimento legislativo se mantém como obstáculo relevante devido aos crescentes embates teóricos e aos desafios práticos sobre o tema. Embora existam normas que abordam diferentes quesitos voltados às relações digitais (Pinheiro, 2021), é evidente que no tocante a herança digital, são latentes as lacunas.

Correspondente ao primeiro reflexo legislativo sobre as práticas eletrônicas no Brasil, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) (Brasil, 2014), além de definir conceitos básicos tecnológicos, reconheceu a prevalência dos direitos humanos no ambiente cibernético e, do mesmo modo, previu a proteção da privacidade, dos dados pessoais e a garantia da liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento (Naves, 2024).

Contudo, ainda que a sua promulgação tenha firmado uma sólida base principiológica (Casagrande, 2022, p. 39), e tenha definido direitos e responsabilidades no uso da internet, constatou a necessidade de uma legislação própria à proteção de dados pessoais (Souza, 2024),

razão pela qual, houve a implementação da Lei n.º 13.709/2018, também denominada Lei Geral de Proteção de Dados (Brasil, 2018) que, vigente desde setembro de 2020, amparou de sobremaneira o conceito de intimidade no meio virtual (Tartuce, 2025).

Ensina Bioni (2021) que, até sua aprovação, o país contava apenas com leis setoriais acerca da proteção de dados, integrando uma “verdadeira colcha de retalhos”. Assim, foi com sua promulgação que o acesso à internet se tornou, de fato, uma condição para a cidadania (Naves, 2024).

A atenção da norma destinou-se, de modo geral, aos dados e às informações comercializáveis das pessoas naturais e objetivou não apenas a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, mas também a garantia do livre desenvolvimento da personalidade dos usuários (Tartuce, 2025).

Deste modo sintético, exige-se pela norma que o tratamento de dados seja realizado sempre de modo compatível com a ordem jurídica, sendo empregado exclusivamente para essa finalidade, de modo seguro e transparente, garantindo a mais ampla proteção à pessoa humana (Casagrande, 2022).

Contudo, ocorre que, no ano de 2023, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD, 2023), por meio da Nota Técnica nº 3/2023/CGF/ANPD, orientou acerca da sua inaplicabilidade ao tratamento de dados pessoais de pessoas falecidas. Deste modo, observa-se que o Marco Civil e a própria LGPD, ainda que voltados à proteção da privacidade, não estabelecem de forma taxativa a sua aplicabilidade à proteção de pessoas falecidas, tampouco realizam definição própria ao tema (Vidal; Pinheiro, 2024).

Este fato demonstra uma significativa lacuna legislativa que, por consequência, gera grandes conflitos aos tribunais quando diante da análise de questões próprias à herança digital (Naves, 2024). Nesse sentido, ainda que o ordenamento jurídico brasileiro se oriente pelos princípios elencados nas legislações, carece de elementos legais que possam fornecer uma tutela jurisdicional profundamente adequada às demandas voltadas à transmissão *causa mortis* dos bens digitais.

4.2 Dos Direitos Autorais e a Exploração de Ativos Digitais Por Sucessores

À luz dos temas tratados nesta pesquisa, bem como diante da análise da sociedade contemporânea, é evidente que ainda que diversas pessoas falecidas não deixem aos seus sucessores imóveis, veículos ou contas bancárias milionárias, é altamente provável que deixem uma conta em rede social e bens digitais de diversos tipos (Naves, 2024)

Nesse contexto, acerca dos perfis em redes sociais, Honorato e Leal (2020) pontuam que o

dilema acerca do tema não deve se restringir à (in)transmissibilidade, especialmente porque, deve considerar outros elementos a serem ponderados, como o caso dos direitos autorais envolvidos.

Tais direitos previstos na Lei nº 9.610/1998, também denominada Lei de Direitos Autorais (Brasil, 1998), definem-se como a proteção legal às obras intelectuais. Ademais, diferentemente das leis próprias à proteção dos dados pessoais, trata da transmissão dos direitos adquiridos pelos herdeiros sobre tais obras intelectuais, especialmente por intermédio de seus artigos 24 §1º e 41 (Brasil, 1998).

Entretanto, ainda que a referida lei seja adaptável ao meio virtual, não supre satisfatoriamente a omissão civil à sucessão como um todo, especificamente porque nem todo conteúdo produzido na internet constitui, necessariamente, uma obra intelectual. Assim, ao passo que os direitos autorais se referem a bens intelectuais, as nuances sucessórias voltam-se à bens patrimonialmente relevantes (Monteiro, 2022).

Diante desse cenário, um novo debate emerge sobre a sucessão de bens digitais, especialmente em vista da utilização de perfis em redes sociais como representantes das novas classificações profissionais e do uso diversificado das redes como método publicitário.

Nesse interim, tornam-se inevitáveis os debates quanto à transmissão e a exploração econômica dos ativos digitais, sendo certo que, em vista que os perfis nas redes sociais são bens imateriais, sem reconhecimento normativo quanto integração à herança, geralmente, não integram garantias sobre o patrimônio virtual após a morte (Santana, 2022).

Embora a utilização de perfis de pessoas falecidas cause estranheza aos ouvidos de uma sociedade que nega o planejamento sucessório, os bens digitais integram um novo conceito de propriedade, cuja destinação se relaciona com organização econômica da sociedade atual.

Logo, a exploração dos rendimentos monetários não é algo negativo, especialmente porque se refere a um desejo do *de cuius* de garantir à sua família e entes queridos uma renda estável, diante de um patrimônio digital (Rodrigues; Auer; Mariano, 2023).

Entretanto, conforme sustenta Thiodoro (2024), a ausência normativa sobre os limites da administração e da exploração econômica por parte dos herdeiros é capaz de afetar não apenas a integridade da memória e do legado digital dos falecidos, mas também de violar diretamente seus direitos da personalidade.

Do mesmo modo, o tema esbarra no desafio da valoração dos ativos digitais, pois seu cálculo ultrapassa elementos patrimoniais, abrangendo esferas sentimentais e existenciais do falecido e de sua rede como um todo, o que se faz igualmente pertinente de ponderação diante do cálculo da legítima no planejamento sucessório ou no somatório da herança na partilha, notadamente em razão da ausência de órgãos governamentais ou não governamentais que sejam

responsáveis por tais verificações (Honorato; Leal, 2020, p. 169).

Reiteradamente, verifica-se que o amparo estatal atrelado a criação de diretrizes virtuais é essencial para a garantia da movimentação e estruturação econômica, virtualmente motivada, e que deverá conter limites adequados a sua realização.

4.3 Da Possibilidade do Testamento Digital

Diante do cenário tecnológico, surge a busca por soluções dos conflitos judiciais que envolvem a adaptação dos ativos digitais ao ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, como contribuição ao debate, o Enunciado 687 publicado pelo Conselho da Justiça Federal após a IX Jornada de Direito Civil (2022) propõe que "o patrimônio digital pode integrar o espólio de bens na sucessão legítima do titular falecido, admitindo-se, ainda, sua disposição na forma testamentária ou por codicilo".

Nos termos da sucessão testamentária já delineados nesta pesquisa, ganham contornos os documentos pelos quais ela é praticada. Segundo Gonçalves (2024), o testamento é um ato personalíssimo e revogável pelo qual o indivíduo pode dispor da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

Nesse contexto, Juliana Evangelista de Almeida (2019) destaca que, no estudo da herança digital e, portanto, das utilizações de ferramentas tecnológicas para a realização de testamentos sobre bens digitais, é suficiente a compreensão aprofundada da forma particular de testar. Portanto, sobre essa forma ordinária de testamento, conceitua-se:

Denomina-se testamento particular ou hológrafo o ato de disposição de última vontade escrito de próprio punho, ou mediante processo mecânico, assinado pelo testador, e lido por este a três testemunhas, que o subscreverão, com a obrigação de, depois da morte do disponente, confirmar a sua autenticidade (Gonçalves, 2024, p. 245).

Estudos recentes apontam que, em atenção aos requisitos do testamento particular, é possível praticar um testamento digital, isto é, totalmente integrado ao meio virtual, mediante chaves digitais específicas para aquele ato, de forma a garantir maior segurança à sua lavratura (Nevares, 2021). Durante a pandemia da COVID-19 esta possibilidade ganhou intensidade, especialmente em vista da possibilidade de realização de um testamento público lavrado em ambiente virtual, através da plataforma do e-notariado, a partir da utilização de certificados digitais (Nevares, 2021).

Tais medidas que encontram respaldo no princípio da “autodeterminação informativa”, atribuem a cada indivíduo o direito de controlar e proteger suas próprias informações privadas, compreendido, inclusive, como uma extensão do direito à privacidade (Teixeira, 2024).

Ocorre que, ainda que tais avanços sejam significativos, o testamento digital ainda gera

grandes questionamentos, especialmente porque seu formato integralmente digital não aparece de maneira expressa na legislação civil (Romanowski; Ningeliski, 2024).

De todo modo, enquanto as formalidades constitutivas dos documentos não permitem a prática disseminada de testamento digitais, a definição elencada no artigo 1.857, §2º do Código Civil (Brasil, 2002) permite incluir bens extrapatrimoniais, ou seja, sem qualquer caráter ou finalidade econômica, entre suas disposições, razão pela qual, “[...] a possibilidade de um testamento que envolva o tratamento dos bens digitais não encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro [...]” (Almeida, 2019, p. 61).

A medida torna-se importante, pois a sucessão legítima não integra elementos extrapatrimoniais deixados pelo titular falecido. Destarte, caso o usuário não estabeleça o uso de dados após sua morte, mediante a aplicação atual das disposições legais vigentes, perderá o seu acervo digital (Boaventura, 2023).

Dessa forma, os bens existenciais irão permanecer no amparo dos provedores e das empresas que prestam os serviços, seguindo, portanto, o que está no regimento das empresas.

Fato é que existem mecanismos na internet que permitem o planejamento sucessório digital, no caso de empresas como Google e Facebook, entretanto, observa-se que os chamados “Termos de Uso” não correspondem a testamentos digitais (Almeida, 2019), mas sim a contratos de adesão. Nesse sentido:

[...] é interessante notar que há sérios conflitos existentes nessas situações, uma vez que a maior parte dos bens digitais são regulados por contratos que muitas das vezes sequer reconhecem a propriedade do usuário a esses bens digitais ou quando reconhecem, muitas das vezes não admitem a transferência, seja por ato entre vivos, seja causa mortis, [...] (Almeida, 2019, p. 66).

Observa-se, portanto, que a instituição do testamento, ainda que elaborada de forma parcial por intermédio de cláusulas em formatos tradicionais, constitui uma solução, ainda que temporária, do problema. Outrossim, apesar de gerar conflitos de grande amplitude, diante do desenvolvimento tecnológico, o testamento digital pode constituir medida passível de adaptação às novas necessidades sociais para um planejamento sucessório específico da era digital e às suas nuances.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos desafios impostos pela adaptação dos bens digitais às diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro, o objetivo desta pesquisa foi a apresentação de reflexões acerca da herança digital à luz do regime de sucessão hereditária vigente no Brasil. Nesse sentido, por intermédio da realização de seus objetivos, buscou-se responder à seguinte problemática: “A herança digital é compatível com as normas da sucessão hereditária?”.

Inicialmente, abordou-se o procedimento sucessório no Brasil, com a conceituação de seus principais termos, classificações e objetivos. Verificou-se que, em razão do princípio da *saisine*, a sucessão se inicia com a morte do titular, transmitindo de modo automático os bens do *de cujus* aos herdeiros que, em regra, devem integrar valores patrimoniais relevantes. Ela poderá ocorrer por intermédio da sucessão legítima, decorrente da lei, ou, ainda, da sucessão testamentária, originada pela declaração unilateral de vontade do falecido.

Em sequência, analisou-se o conceito de herança digital, bem como sua interligação aos bens digitais e com os direitos da personalidade do usuário. Tais bens, naturalmente abstratos e intangíveis, criados e gerenciados em redes eletrônicas, foram classificados em digitais patrimoniais, extrapatrimoniais ou existenciais e híbridos.

Essa classificação revelou os embates quanto à (in)transmissibilidade sucessória desses bens, fundamentados no conflito entre os direitos de propriedade e da personalidade do titular em relação ao repasse, em foco, de bens digitais extrapatrimoniais. Isso porque, sendo eles interligados com personalidade jurídica do usuário, caracterizam-se como intransmissíveis e irrenunciáveis.

Diante disso, a corrente majoritária propõe a separação dos bens entre patrimoniais e extrapatrimoniais, de modo que os primeiros devem ser naturalmente entregues aos herdeiros, e os demais, coligados à personalidade e, portanto, extintos com a morte, excluídos.

Por fim, constatou-se que os desafios desse cenário emblemático e inovador decorrem, majoritariamente, da omissão legislativa. Isso porque, sem a existência de diretrizes elencadas de forma comedida e flexível, adequando-se ao célere desenvolvimento digital, a omissão torna-se motivo de uma heterogeneidade jurisprudencial, o que reforça a insegurança jurídica resultante.

Nesse sentido, a análise de legislações como o Marco Civil da Internet (Brasil, 2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Brasil, 2018), embora voltadas para o tratamento dos dados pessoais do falecido e à efetiva garantia da privacidade dos usuários, constatou-se insuficiente para abarcar o tema. No mesmo sentido, embora a Lei de Direitos Autorais (Brasil, 1998) seja aplicável a obras intelectuais no meio virtual, não contribui para os bens digitais fora dessa categoria.

Do mesmo modo, esse cenário dificulta a exploração econômica dos bens digitais pelos herdeiros, uma vez que decorre na ausência normativa que deveria estabelecer os limites de gestão sobre tais ativos, a fim de evitar a violação dos direitos da personalidade do próprio falecido e de terceiros. Ademais, o testamento digital, ainda que fundado na justificativa da “autodeterminação informativa”, igualmente carece de clareza normativa, o que gera barreiras à sua prática e popularização.

Nesse contexto, é evidente que a ausência de legislação específica sobre o tema encontra

obstáculos na análise da natureza dos ativos digitais. Contudo, destaca-se a recente proposta de reforma do Código Civil, formalmente apresentada por intermédio do Projeto de Lei n.º 04/2025 (Senado Federal, 2025), que, se aprovada, ainda que não elenque dispositivos exaustivos e completos sobre o tema, representará grande avanço para o norteamento da herança digital.

Por fim, é evidente que a hipótese foi confirmada, especialmente porque, ante a análise das variadas formas de constituição e manifestação eletrônicas, a necessidade de regulamentação torna-se inequívoca, a fim de garantir que seja realizado o equilíbrio entre os direitos dos herdeiros e dos terceiros interligados pelo acervo eletrônico atual, resguardados, sobretudo, sem violar os direitos da personalidade da pessoa falecida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luisa Ferreira Lima. Herança digital – Desafios e perspectivas digital. In: **Revista Derecho y Cambio Social**, [S.l.], v. 22, n. 79, p. 01-14, jan. 2025. Disponível em: <https://www.derechocambiosocial.org/index.php/revista/article/view/139>. Acesso em: 09 maio 2025

ALMEIDA, Juliana Evangelista De. **Testamento Digital: como se dá a sucessão dos bens digitais**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados). **Fiscalização da ANPD manifesta-se sobre tratamento de dados de pessoas falecidas**. Governo do Brasil, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/nota-tecnica-da-anpd-orienta-sobre-tratamento-de-dados-de-pessoas-falecidas>. Acesso em: 21 maio 2025.

AVILA, Márcia Borges da Silva. Herança digital e os desafios na gestão dos bens digitais no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Revista Avant**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 114–125, maio 2025. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/avant/article/view/8046>. Acesso em: 21 maio 2025.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BIONI, Bruno R. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 1 e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994105/>. Acesso em: 05 maio 2025.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 21 maio 2025.

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/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 9 maio 2025.

Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 20 maio 2025.

Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 20 maio 2025.

BOAVENTURA, Larissa Campos. **A herança digital e o direito à personalidade do de cujus**. 2023. 51 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2023. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/6247>. Acesso em: 5 maio 2025.

CARDOSO, João Pedro de Oliveira. **Herança digital**: conflito entre a (in)transmissibilidade dos bens digitais em face dos direitos da personalidade. 2023. Artigo (Trabalho de Curso II) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Goiânia, 2023. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/5951>. Acesso em: 28 set. 2023.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das sucessões**: inventário e partilha. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. 1 e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625914/>. Acesso em: 11 jan. 2024.

CASAGRANDE, Renata Tempesta. A herança digital e o direito à privacidade em relação aos dados pessoais: Como se dá sua sucessão e a sua interconexão com a lei geral de proteção de dados. In: **Direito, Negócios & Sociedade**, [S.I.], v. 2, n. 4, p. 32-48, ago.-jan. 2022. Disponível em: <https://portalderevistas.esags.edu.br/index.php/DNS/article/view/107>. Acesso em: 21 maio 2025.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família, sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. 1 e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 6 jan. 2024.

Maria H. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil. 41. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. 1 e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553621439/>. Acesso em: 08 maio 2025.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SILVA, Victor Hugo Cunha. Herança digital na sociedade da informação. In: **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 1–18, maio 2023. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/839>. Acesso em: 2 maio 2025.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2023. 1 e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599442/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2023. 1 e-

book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628335/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

Carlos R. Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões. 19. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2024. 1 e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553626137/>. Acesso em: 09 maio 2025.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. In: **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/523/350>. Acesso em: 17 maio 2025.

IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Conheça todos os Enunciados do IBDFAM.** IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2025. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 05 maio 2025.

JACOB, Mara Augusto; FERREIRA, Paulo Sérgio Alves. **A herança digital no Brasil:** ausência de norma regulamentadora e o conflito entre o direito sucessório e o direito de personalidade. 2024. 25 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade FacMais, [S.l.], 2024. Disponível em: <http://65.108.49.104:80/xmlui/handle/123456789/894>. Acesso em: 05 maio 2025.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 9., 2022, Brasília, DF. **Enunciado nº 687.** IX Jornada de Direito Civil: comemoração dos 20 anos da Lei n. 10.406/2002 e da instituição da Jornada de Direito Civil: enunciados aprovados. Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2022. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2023.

MADEIRA, Débora Fernandes Pessoa; CAMPOS, Ana Paula Lobato. A análise da transmissibilidade causa mortis dos bens digitais personalíssimos e híbridos da pessoa natural: tendências contemporâneas. In: **Revista de Direito**, [S. l.], v. 16, n. 02, p. 01–25, jul. 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/19569>. Acesso em: 13 maio 2025.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case report: Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. In: **Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, jan.-fev. 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383>. Acesso em: 14 maio 2025.

MONTEIRO, Victória Athayde. **A herança digital e o lapso legislativo da codificação civil.** 2022. 13 f. Trabalho de Conclusão de Curso II (Bacharelado em Direito) – UNIVAG – Centro Universitário, [S.l.], 2022. Disponível em: <https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/1741>. Acesso em: 21 maio 2025.

NAVES, Gabriela Gomes dos Santos. **A morte é mesmo o fim de tudo? Herança digital e transmissão post mortem dos bens digitais em face dos direitos da personalidade.** 2024. 118 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Territórios e Expressões Culturais no Cerrado PPG-TECCER) – Universidade Estadual de Goiás, Anápolis, 2024. Disponível em:

<https://www.bdttd.ueg.br/handle/tede/1670>. Acesso em: 20 maio 2025.

NEVARES, Ana Luiza. Testamento virtual: ponderações sobre a herança digital e o futuro do testamento. In: **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1–20, maio 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/568>. Acesso em: 22 maio 2025.

NIGRI, Tânia. **Herança**. São Paulo: Editora Blucher, 2021. 1 e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555062809/>. Acesso em: 02 maio 2025.

PINHEIRO, Patrícia P. **Direito Digital - 7ª Edição 2021**. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021. 1 e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598438/>. Acesso em: 02 maio 2025.

RODRIGUES, Leonardo Costa; AUER, Laura Lima; MARIANO, Kátia Lopes. **Apontamentos sobre herança digital no ordenamento jurídico brasileiro**. 2023. 14 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - CESCAGE, [S.I.], 2023. Disponível em: <https://revistas.icesp.br/index.php/Real/article/view/5461>. Acesso em: 21 maio 2025.

ROMANOWSKI, Jocemir; NINGELISKI, Adriane de Oliveira. Testamento digital: desafios e possibilidades no direito brasileiro. In: **Academia de Direito**, [S. l.], v. 6, p. 565–588, jun. 2024. Disponível em: <https://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/4418>. Acesso em: 22 maio 2025.

SANTANA, Thalyta Eloah Alves. Sucessões na era digital: um estudo sobre o impacto das redes sociais e seu potencial monetizador, inclusive post mortem. In: **Revista de Artigos Científicos**. [S.l.], v. 14, p. 853-869, jan.-dez. 2022. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1e2semestre2022/pdf/Tom_o_II/Thalyta_Eloah_Alves_Santana_853-869.pdf. Acesso em: 20 maio 2025.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 4, de 2025. **Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata**. Brasília: Senado Federal, 2025. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>. Acesso em: 17 maio 2025.

SOUZA, Breno Henrique Ribeiro de. **Herança digital: direito à sucessão e privacidade póstuma à luz da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2024. 38 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2024. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/7869>. Acesso em: 20 maio 2025.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; Grupo GEN, 2023. 1 e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 21 set. 2023.

Flávio. Direito Civil - Vol.6 - 18ª Edição 2025. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. 1 e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530996321/>. Acesso em: 01 ago. 2025.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato. Acervo digital: controvérsias quanto à sucessão causa mortis. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). **Herança digital: controvérsias e alternativas**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

TEIXEIRA, Veronica Pacheco; SILVA, Priscila Francisco. Herança digital frente à legislação brasileira digital. In: **JNT- Facit Business and Technology Journal - QUALIS B1**. [S.I.], ed. 39. v. 1. p. 271-302. ago.-out.2022. Disponível em: <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. Acesso em 21 maio 2025

THIODORO, Guilherme. **Desafios da Herança Digital na Preservação da Reputação de Figuras Públicas Falecidas**. IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2204/Desafios+da+Heran%C3%A7a+Digital+na+Preserva%C3%A7%C3%A3o+da+Reputa%C3%A7%C3%A3o+de+Figuras+P%C3%ABlicas+Falecidas>. Acesso em: 05 maio 2025.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. Barueri, SP: Grupo GEN/Atlas, 2023. 1 e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774678/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

VIDAL, Giovanna Rodrigues Reis. PINHEIRO, Laura Cristina. **Impacto da Lei Geral de Proteção de Dados perante a herança digital**. 2024. 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade FacMais – Inhumas, 2024. Disponível em: <http://65.108.49.104:80/xmlui/handle/123456789/1018>. Acesso em: 20 maio 2025.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

O ATUAL PANORAMA DA SEGURANÇA JURÍDICA PERANTE O STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Luan Neves de Almeida Del FIOLE¹

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo, por meio de uma análise indutiva, examinar o atual enquadramento da segurança jurídica, manifestada pela coisa julgada, perante o STF, em especial nas decisões que envolvam a modificação de entendimento a respeito da constitucionalidade do ato normativo a que ela se funda. Utilizando doutrina e jurisprudência como principais fontes, busca-se compreender os fundamentos adotados pelos ministros e a visão dos juristas sobre a matéria. A conclusão aponta que o STF tem atuado de maneira pouco cautelosa com o instituto, valorizando princípios e direitos que carreguem um preceito geral de justiça ou que atinjam um número maior de jurisdicionados.

PALAVRAS-CHAVE: coisa julgada; precedentes judiciais; segurança jurídica.

ABSTRACT

This study aims, through an inductive analysis, to examine the current framework of legal certainty, as manifested through res judicata, particularly in decisions involving a shift in the understanding of the constitutionality of the normative act on which the judgment is based. Using legal doctrine and case law as primary sources, the study seeks to understand the reasoning adopted by the Justices and the perspectives of legal scholars on the matter. The conclusion suggests that the STF has acted with limited caution regarding this legal institute, prioritizing principles and rights that carry a general notion of justice or that impact a larger number of legal subjects.

KEYWORDS: res judicata; judicial precedents; legal certainty.

INTRODUÇÃO

A *res iudicata* é tema recorrente entre os juristas, constituindo um importante elemento de promoção da segurança jurídica. Através dela os litigantes possuem a certeza de que o caso posto em análise à tutela estatal não sofrerá mudanças, de modo a atingido um patamar de imutabilidade.

Igualmente relevante é o controle de constitucionalidade: o desrespeito a uma previsão da Carta Maior, mais do que a mera discordância com um dos códigos legais, fere o alicerce em que se arquitecta todo o ordenamento jurídico.

No contato entre os dois institutos podem surgir incoerências. Isto porque a interpretação acerca da constitucionalidade de uma norma está sujeita a variações – decorrentes tanto do controle difuso, em um embate entre a análise dos demais tribunais e o STF; como da própria Corte Suprema, em modificação de entendimento –, podendo carregar discordância com a coisa julgada formada na aplicação do entendimento anterior.

O objetivo deste trabalho é expor como o STF tem examinado a existência de uma coisa

1 Graduando em Direito na Universidade Estadual de Londrina.

julgada, fundada na inconstitucionalidade de determinada lei, quando diante de uma declaração em sentido contrário em momento posterior.

De um ponto de vista ainda mais amplo, como a coisa julgada, face relevante da segurança jurídica, porta-se quando sua garantia induza à violação de princípios fundamentais, tais como dignidade da pessoa humana e isonomia, além de um possível entrave manifestado por outro ângulo da segurança jurídica, constituído pelo respeito aos precedentes judiciais. Para tanto, utiliza-se o método indutivo, a partir da análise de julgados da Corte Suprema.

1 SEGURANÇA JURÍDICA

De início, antes de adentrar na concepção de segurança jurídica a que se funda este trabalho, convém uma sucinta diferenciação entre preceitos básicos, mas não menos importantes, sobre os quais se constrói o direito: princípios e regras.

Luis Roberto Barroso (2025, p. 207) utiliza uma tripla classificação. Quanto ao conteúdo, afirma que regras possuem um teor descritivo de condutas a serem seguidas, e os princípios valores a serem atingidos. Em estrutura, diferenciaram-se por uma substância mais pragmática das regras, que apontam um fato e, para o fato, uma consequência, diversamente de um estado ideal criado pelos princípios, que permitem a concretização por diversos meios. Por fim, em sua aplicação, nas regras ocorre subsunção, ao passo que nos princípios, dada a possibilidade de encontrar resistência entre si ou na realidade fática, a ponderação é o meio utilizado.

Sobre ambos, Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 44 - 46) valoriza uma distinção pela estrutura dos direitos que são por eles garantidos, oportunidade em que tece críticas sobre a diferenciação realizada de forma maniqueísta, colocando os princípios em grau máximo no ordenamento e as regras enquanto um instrumento de sua concretização.

Na opinião do autor, as regras são formadas por direitos (ou deveres) definitivos, capazes de aplicação total no caso concreto. Os princípios são direitos (ou deveres) garantidos *prima facie*. A previsão de consequências diferentes para o mesmo ato, quando envolvendo regras, leva a invalidação total ou parcial de uma delas. Um princípio, entretanto, não pode ser invalidado em detrimento de outro, sendo que desta colisão um prevalecerá, mas somente naquela situação específica (Silva, 2010, p. 47-49).

Considerando a quantidade de princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, naturalmente eles estão propensos à incoerências entre si em determinadas ocasiões. Para isso, o próprio STF vem se utilizando do teste de proporcionalidade. O teste é composto por três passos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (Silva, 2021, p.122).

No primeiro, verifica-se a efetividade daquela medida em cumprir o objetivo perseguido,

que não precisa ser realizado por completo, mas ao menos ser impulsionado (Silva, 2021, p.121). Certifica-se que o emprego daquele meio é apto à fomentar um dos princípios ou objetivo cuja realização ele pretende servir (Alexy, 2011, p.110).

A “necessidade” se presta à análise de outras medidas alternativas, com eficiência semelhante e restrição menor ao direito fundamental, que possam substituir a adotada (Silva, 2021, p.121). Nas palavras de Robert Alexy “se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo [...]” (Alexy, 2011, p.110).

Por fim, na proporcionalidade em sentido estrito há um efetivo sopesamento, que busca entender se o “grau de restrição a um direito fundamental é justificado pelo grau de realização do direito fundamental concorrente” (Silva, 2021, p.121).

Feitos os esclarecimentos a respeito de conceitos basilares do estudo a que se pretende, é imprescindível que se entenda os contornos do princípio da segurança jurídica. Paulo Mendes de Oliveira (2013, p. 31-34), utilizando da doutrina de Humberto Ávilla, elenca três dimensões de concretização deste princípio.

A cognoscibilidade se constitui na possibilidade dos cidadãos, sujeitos aquela determinada ordem jurídica, terem plena ciência dos atos praticados e as consequências jurídicas deles advindas, que devem ser de fácil compreensão (Ávilla *apud* Oliveira, 2013, p. 31-32.). Na confiança, valoriza-se a certeza, passada aos jurisdicionados, de que o direito vigente será o aplicado (Ávilla *apud* Oliveira, 2013, p. 32). A tríade que confirma a segurança jurídica, chamada de calculabilidade, confirma-se mediante a prevenção de alterações futuras capazes de frustrar expectativas geradas com o sistema anterior (Ávilla *apud* Oliveira, 2013, p. 33-34).

Sobre a aplicação da ponderação sobre a coisa julgada e a segurança jurídica dela decorrente, a discussão tomou palco na atualidade, como declara o ministro Luiz Roberto Barroso em uma de suas obras:

É interessante observar que alguns grandes temas da atualidade constitucional no Brasil têm seu equacionamento posto em termos de ponderação de valores, podendo-se destacar:
a) o debate acerca da relativização da coisa julgada, em que se contrapõem o princípio da segurança jurídica e outros valores socialmente relevantes, como a justiça, a proteção dos direitos da personalidade e outros; (2025, p. 220)

A segurança jurídica, um princípio, tem sido frequentemente posto em pauta pelo STF, principalmente na figura de um dos mecanismos criados para sua proteção, a coisa julgada. Quando frente a outros princípios fundamentais, a utilização da ponderação se torna matéria de inevitáveis questionamentos, já que seus passos permitem a manifestação da subjetividade do julgador.

2 COISA JULGADA E PRECEDENTES JUDICIAIS: DUAS FACES DA SEGURANÇA JURIDICA

José Roberto Cruz e Tucci (2016, p.176), na procura por um sentido finalístico ao fenômeno da coisa julgada, sustenta que ele se origina da necessidade humana de uma mínima organização, fazendo alusão à Johann Wolfgang von Goethe, que no contexto de desordem política em que se situava a França, revela sua preferência pela injustiça à desordem.

No Brasil, Enrico Tulio Liebmann (1981) é responsável por romper com antigos paradigmas associados ao instituto, antes visto como um efeito gerado pela sentença. Para o jurista, seria, na verdade, um adjetivo marcante de sua atuação, e não um efeito propriamente dito (Liebman, 1981, p. 46-47).

O autor, porém, não foi isento de críticas, porquanto pregava a imutabilidade dos efeitos do conteúdo decisório, atualmente melhor definido como a possibilidade de concretização da ordem judicial no mundo fático (Thamay, 2020, p. 45). A parte que recebe uma sentença favorável a si, obtendo, por exemplo, o direito de exigir o pagamento de um determinado valor, não necessariamente o fará.

Neste ponto, compreende-se que o instituto seria melhor descrito enquanto a qualidade que torna imutável o comando da decisão de mérito (o que não se confunde com seus efeitos, estes, por sua vez, mutáveis), gerando segurança e estabilidade jurídica, imprescindíveis à sociedade e ao Estado (Thamay, 2020, p. 65).

Em razão da força da coisa julgada material, responsável por irradiar, extraprocessualmente, a imutabilidade da decisão de mérito transitada em julgado, é natural que possua limites, dentre os quais se destacam: objetivo, subjetivo e temporal.

No primeiro, responde-se ao célere questionamento sobre “o que faz coisa julgada?”, de maneira igualmente sucinta: o dispositivo da decisão. Excepcionalmente, as questões prejudiciais – que não se confundem com as questões preliminares, já que estas atingem o “ser” e aquelas o “modo de ser” (Jorge, 2023, p. 57) –, também são contempladas pelo véu da estabilidade, quando respeitados os requisitos do art. 503, parágrafo primeiro, do CPC.

O segundo discorre sobre quem está sujeito à esta imutabilidade e é esclarecido pelo art. 506 do CPC, revelando que, em regra, são as partes, sendo vedado que terceiros sejam prejudicados. Trata-se, sobretudo, de um exercício lógico: os participantes da demanda, dotados de pleno contraditório e ampla defesa, podem se contrapor à causa de pedir e pedidos formulados pelo polo adverso, sendo certo que a trilha processual precisa ter um fim, evitando uma discussão *ad eternum*.

O último deles, o limite temporal, guarda especial relevância a este trabalho, já que foi a solução encontrada pelos Ministros durante o julgamento dos Temas 881 e 885. Nesta barreira, discute-se acerca da extensão da coisa julgada, que varia conforme a relação jurídica em que se funda o litígio.

A relação jurídica de trato instantâneo carece de discussões nesse sentido, já que se esgota em determinado momento, não sendo dotada de continuidade no tempo. Por outro lado, há uma especificidade comum nas relações permanentes – características de determinados fatos que se prolongam, como a relação de alimentos – e sucessivas – “[...] uma série de relações instantâneas homogêneas, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto ou tutela jurisdicional coletiva” (Zavascki p. 89).

Nestes casos, existiria uma cláusula implícita de *rebus sic standibus*, que impõe o cumprimento da decisão judicial enquanto presentes as razões fático-jurídicas que motivaram sua criação (art. 505, inciso I, do CPC). A mudança de qualquer elemento do silogismo original da sentença, daria ensejo ao distanciamento da coisa julgada formada (Oliveira, 2013, p. 183-185).

A necessidade de uma ação para concretizar a modificação da relação jurídica só seria justificada quando uma das partes se negasse a reconhecê-la voluntariamente. Do contrário, a regra geral que decisões judiciais não regem fatos jurídicos estranhos ao objeto de julgamento, precisa ser seguida (Oliveira, 2013, p. 183-185).

Junto à coisa julgada, os precedentes judiciais contribuem para formação da segurança jurídica como mais de uma de suas faces. Nas palavras de Guilherme Thofehn Lessa, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, dissertando a respeito de sua função ontológica, “[...] visa outorgar segurança jurídica mediante a redução da indeterminação – equivocidade e vagueza – dos textos jurídicos” (2022, cap. 2.3.1).

Para se entender os precedentes judiciais, dotados de força hercúlea no sistema de *common law*, é de grande valia que se disserte a respeito deste modelo jurídico.

O *common law*, sempre visto em contraponto ao *civil law* (este de origem romano-germânica), remete ao século XI na Inglaterra, a partir da conquista normanda das ilhas britânicas, sob o comando de William I, que padronizou o sistema jurídico vigente (Fuga, 2020, p. 27). Anteriormente, segundo registros, a ausência de centralização governamental teria permitido que diversas jurisdições, com moldes a seu bel prazer, crescessem em todo o território (Fuga, 2020, p. 27).

Somente no século XIX a “regra do precedente” é efetivamente imposta. O direito jurisprudencial, mais do que formulações a serem estudadas e aplicadas, passa a propagar a concepção de decisões vinculantes em sentido vertical. Começa a se clarear a diretriz do respeito das cortes inferiores para com as superiores (Thamay, 2021, p.36).

Com o advento do *stare decisis* – técnica de analogia, aplicada ao sistema da *common law*, entre experiências judiciais anteriores e caso presente -, a vinculação horizontal vira tema de debate. Tornou-se impensável que as cortes superiores alterassem suas próprias decisões de maneira

recorrente.

Em 1996, somada a já praticada ferramenta do *distinguishing* (distinção), o *overruling* (superação) é expressamente admitido na *House of Lords*, possibilitando a revisitação dos julgados anteriores, sem que comprometa a estabilidade do sistema. Trata-se de mais um mecanismo que impede que os magistrados fiquem restritos à uma decisão do passado (Thamay; *et al*, 2021, cap 1.1).

No Brasil, o CPC de 2015 foi responsável por efetivamente incorporar, mesmo timidamente, um sistema de precedentes. A principal inovação ocorre na figura do art. 927 do dispositivo legal, cuja força e redação é frequentemente discutida entre juristas.

De acordo com Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2023, p. 599-606), a *ratio decidendi* das decisões elencadas seriam eivadas de teor vinculante. Os demais precedentes, dentre as outras classificações, seriam, ao menos, persuasivos.

Outros estudiosos, como Bruno Augusto Sampaio Fuga (2020, p. 185-188), sustentam a ideia de graus de vinculatividade, mensurados pela quantidade de técnicas capazes de impor o respeito aquele precedente, a exemplo da reclamação.

A força vinculante trazida por este texto normativo não é unânime, gerando, para alguns, questionamentos sobre sua constitucionalidade. Por exemplo, Cassio Scarpinella Bueno (2025, p.363) defende que a força obrigatória de um decisório só pode ser advinda da Constituição Federal, sendo vedado que normas infraconstitucionais carreguem referido teor.

A despeito dos posicionamentos contrários, a vinculatividade das decisões listadas no dispositivo é posição majoritária, porém não é na sua íntegra que a força obrigatória se manifesta. A estrutura dos precedentes judiciais é composta por três partes, sendo, a segunda delas, a vinculante: a) circunstâncias de fato; b) *ratio decidendi*; e c) argumentação jurídica em torno da questão (Didier Jr; *et al*, 2023, p. 586-587).

A identificação mais precisa, decorrente da junção dos métodos de Eugene Wambaugh e Arthur Goodhart, compreende a *ratio decidendi* nos fatos jurídicos relevantes e fundamentos determinantes que conduzem a conclusão do julgado (Didier Jr; *et al*, 2023, p. 594).

Quanto ao *obiter dictum*, é formado pelos demais elementos da decisão, que não guardam relação de influência para o deslinde da controvérsia ou são direcionados a algo que nenhuma das partes suscitou. São passagens que podem vir a influenciar julgados posteriores, revelando o posicionamento do tribunal a respeito do assunto (Thamay, 2021, p. 85).

Vale frisar, como exposto em artigo científico de autoria da professora Teresa Arruda Alvim e o jurista Rodrigo Barioni (2020), a *ratio decidendi* carrega certa volatilidade, podendo passar por diversas interpretações a depender do caso comparado.

Na oportunidade em que se discutia, de maneira exemplificativa, a Súmula Vinculante nº 12 do STF, os juristas demonstram que a *ratio decidendi* ultrapassa a tese jurídica fixada no julgado (que representa uma de suas hipóteses de incidência) e seus contornos podem ser redefinidos.

Em mencionada decisão da Corte Suprema, fixou-se entendimento (tese jurídica) que seria vedada a cobrança de taxa de matrícula em instituições superiores. Os autores sugerem uma vedação ainda mais ampla (*ratio decidendi*), de modo a impedir a cobrança de qualquer valor na graduação (como taxas para realização de segunda avaliação ou destinada a expedição do diploma).

Novos olhares sobre a *ratio decidendi* poderiam levar à afirmação, por exemplo, de que a cobrança de matrícula seria vedada, mas permitido que se obrigue o pagamento da inscrição da prova para ingresso na instituição. Trata-se de uma variação a que se sujeita a *ratio decidendi*, mas que não compromete a estabilidade sistêmica que os precedentes buscam garantir.

Em síntese, a coisa julgada e os precedentes judiciais contribuem para a concretização da segurança jurídica, oferecendo imutabilidade às decisões já proferidas e uniformidade aos casos vindouros, portando-se como duas faces, *a priori*, complementares deste princípio.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal, como base do sistema político-jurídico brasileiro, ocupa o mais alto grau na hierarquia do ordenamento jurídico. Sua posição enquanto norma que orienta e fundamenta todas as demais, impõe a necessidade de mecanismos de controle voltados à invalidação de atos que contrariem seus preceitos, seja sob o aspecto formal, seja material.

Enquanto o aspecto formal se volta a questões atinentes à competência, a análise material privilegia a compatibilidade do conteúdo da norma com o Texto Maior, de modo que estejam respeitados o espírito, filosofia e princípios políticos fundamentais da Constituição Federal (Bonavides, 2004, p.296-299).

O controle judicial é usualmente classificado em duas grandes espécies: controle difuso, concreto e incidental; e controle concentrado, abstrato e por via de ação. Em que pese os termos de cada um não estejam em reunião obrigatória – uma decisão, a título de exemplo, pode ser concentrada, abstrata e incidental, quando o objeto principal da ação for lei “A”, mas venha a se declarar a inconstitucionalidade da lei “B” (Silva, 2021, p. 574) –, é como geralmente ocorre.

No controle difuso, concreto e incidental, há uma lide instaurada, onde surge a discussão sobre a compatibilidade do ato normativo com a Constituição Federal. Em regra, seus efeitos seriam *inter partes*, porém, atualmente, mecanismos como as súmulas vinculantes e a repercussão geral auxiliam na abrangência da integralidade dos jurisdicionados (Silva, 2021, p. 574-581) (Barroso, 2022, cap 3.4.3.).

Por outro lado, no controle concentrado, abstrato e por via de ação, a inconstitucionalidade da norma é o tema principal, carregando efeito *erga omnes* (“para todos”) por natureza (Bonavides, 2020). Não sendo possível a análise das circunstâncias fáticas, as partes efetivamente vinculantes serão o dispositivo e a coisa julgada material, não tendo que se buscar a *ratio decidendi*.

A adoção de um efeito *ex tunc* como padrão e a modulação dos efeitos enquanto exceção, situa-se entre os grandes dilemas da segurança jurídica no controle de constitucionalidade. Trata-se da vazão ao apontado por Mefistófeles como um dos maiores problemas do estudo jurídico, na história retratada por Johann Wolfgang von Goethe. Para o personagem, o Direito seria marcado pela instabilidade de suas proposições, estando o benefício sujeito a se transformar em um dom funesto, e o certo em errado (Goethe, 2016, p.100).

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 64-67), em um sistema que propaga o controle difuso de constitucionalidade, a retroatividade da declaração em sentido contrário simboliza a retirada da segurança jurídica das decisões judiciais e um abalo à confiança do cidadão nos atos do Poder Público.

O juízo que, em um caso concreto, posiciona-se a respeito da constitucionalidade de ato normativo, quando inexistente pronunciamento do STF sobre o assunto, está em exercício legítimo do seu dever, considerando que não há vinculação à uma decisão não proferida (Marinoni, 2016, p.68-69).

4 ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO STF

4.1. Tema 392

O primeiro caso simbólico envolvendo a revisitação da coisa julgada, não versa sobre controle de constitucionalidade, mas o desenvolvimento científico e a mudança legislativa que o tornou economicamente viável.

Na origem do *leading case* (RE 363.889 DF), houve a propositura de uma ação de investigação de paternidade, que, ao final, foi julgada improcedente pela falta de elementos que comprovassem o vínculo de filiação, com a ressalva de que o exame de DNA não foi realizado. O motivo é que a pericia, mesmo para os beneficiários da justiça gratuita, era incumbência do solicitante.

Tempo depois, no Distrito Federal, surge uma lei que passa o ônus do custeio para o Estado, nos casos onde a parte está sob o véu da justiça gratuita.

Neste panorama, a mesma parte que propôs a primeira ação, intenta uma nova, agora convicta que o exame de DNA traria resultado que lhe fosse favorável. A ação, todavia, é julgada improcedente, sem resolução de mérito, considerando a existência de uma coisa julgada anterior. A

discussão chega até o STF.

Os Ministros, com exceção de Marco Aurélio Mello e Cezar Peluso – favoráveis à segurança jurídica e manutenção da coisa julgada, trazendo questionamentos sobre a existência de outros meios para se provar o vínculo, mas que não foram trazidos, bem como do grau de certeza trazido pelo exame –, tomam o caminho principiológico, autorizando a propositura de nova ação para os casos em que parte não possuía meios de arcar com os custos decorrentes do exame, gerando uma decisão de improcedência pela escassez probatória, devendo se atentar pela inadequação da assistência jurídica na época.

Na fundamentação, que se encontra, principalmente, na fala do ministro relator Dias Toffoli, os julgadores optaram pela solução através da ponderação, envolvendo segurança jurídica, manifestada pela coisa julgada, em face da dignidade da pessoa humana e paternidade responsável, sendo que os dois últimos prevaleceriam.

Doutrinariamente, três caminhos distintos são seguidos: favorável a segurança jurídica; aqueles que defendem a estrita proteção dos princípios fundamentais da pessoa humana, como a dignidade; e o rumo pragmático, que opta por uma solução de teor processual.

De acordo com Carlos Henrique Soares (*apud* Thamay, 2023, cap. 7.1.1.), a rediscussão da *res iudicata* só ocorreria em hipóteses específicas, quando se estivesse diante de violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, já que, ultrapassando preceitos processuais, é manifestação do caráter democrático que circunda o processo. Para o jurista, nestas situações, a coisa julgada sequer seria formada, sendo flagrantemente inconstitucional (*apud* Thamay, 2023, cap. 7.1.1.).

A esse respeito, Rennan Thamay (2023, cap. 7.1.1.), adepto da segunda opção de resolução do litígio, alerta que o processo deve buscar a justiça entre as partes, não podendo ser contrário à sua finalidade máxima. Deste modo, na ponderação dos valores, a dignidade da pessoa humana e o direito de convivência e afeto não poderiam ser suplantados pelo ideário de segurança jurídica.

No mesmo diapasão, Cristiano Chaves de Farias (2008, p. 65-78) sustenta que as regras processuais, neste caso, não devem se sobrepor a um direito mínimo da existência humana, de sorte que a formalidade irrestrita levaria à negação do direito material. O autor sugere que a ação rescisória seria prescindível, considerando que a *res iudicata* só é formada quando esgotados os meios de prova (Farias, 2008, p. 65-78).

Defensor de uma solução processual, Luiz Guilherme Marinoni (2016, p.145-164) faz um alerta ao tratamento da coisa julgada. A ponderação atingiria discursos jurídicos, estes formados por regras formais de existência, dentre elas, a *res iudicata* (Marinoni, 2016, p. 148-154)

Considerando que é um pressuposto para a formação do discurso jurídico, não poderia ser

enquadrada no mesmo patamar dele, estando, por isso, acima dos princípios. O equívoco dos ministros não seria no provimento do recurso, mas, essencialmente, na fundamentação utilizada.

A solução oferecida é o enquadramento do exame de DNA como uma prova nova, rendendo ensejo à propositura de uma ação rescisória, prevista pelo art. 966, inciso VII, do CPC/15 (art. 485, inciso VII, do CPC/73), com prazo de contagem a partir do descobrimento/acesso à perícia, em no máximo cinco anos de seu trânsito em julgado (Marinoni, 2016, p. 155-164).

O prazo serviria como uma proteção dúplice: acautelando a segurança jurídica, mediante o afastamento de uma discussão revisitável a qualquer tempo; e oferecendo a possibilidade para que o direito material em voga seja buscado, sem uma barreira intransponível oferecida pelas regras processuais (Marinoni, 2016, p. 155-164).

Das trilhas elencadas, passando entre os possíveis excessos das duas anteriores, do formalismo ao subjetivismo, a proposta de Luiz Guilherme Marinoni se porta como um meio-termo, em tentativa de conciliar o direito material e processual, evitando causar avarias à segurança jurídica e a coisa julgada.

4.2. Coisa Julgada Inconstitucional: Temas 881 E 885 E Impugnação Ao Cumprimento de Sentença

Outro caso envolvendo a revisão da coisa julgada, desta vez com controle de constitucionalidade, são os Temas 881 e 885, julgados em conjunto, em razão das semelhanças que guardam os casos.

No *leading case* RE 955.227 BA (Tema 885), um contribuinte detinha coisa julgada favorável, formada a partir da declaração de inconstitucionalidade incidental da CSLL, que o exonerava do pagamento do tributo. A Fazenda Nacional buscou, dos anos de 2001 a 2003, a cobrança do tributo. Em 2007, o STF julgou a ADI 15, compreendendo pela constitucionalidade da lei que regulava o CSLL.

Indo além, no RE 949.97 CE (Tema 881), também com decisão favorável à seu favor, a respeito da inconstitucionalidade da lei que regulava o CSLL, o contribuinte impetrou mandado de segurança preventivo, em tentativa de manter a coisa julgada diante da superveniência da ADI 15.

No primeiro caso, ao final, a ação foi julgada improcedente contra a Fazenda Pública, já que cobrava valores anteriores à alteração de entendimento. Já no segundo, a tutela jurisdicional foi concedida à Fazenda Pública, estando autorizada a realizar lançamentos a partir do ano de 2007.

O aspecto fundamental da discussão que chega até o STF, é sobre a coisa julgada de trato sucessivo, fundada na declaração de inconstitucionalidade, quando diante da alteração de entendimento da Corte Suprema. De início, os Ministros esclarecem que a pauta não foi objeto de

outros julgados.

O Tema 733 (RE 730.462)² disserta a respeito da obrigatoriedade de recurso para a reforma de decisões fundadas na constitucionalidade da lei, quando o STF se posiciona em sentido contraposto. Naquela oportunidade, em observação que compõe a *ratio decidendi* do julgado, os ministros ressaltaram os casos de relações jurídicas de trato continuado. Outrossim, ficou entendido que a Súmula 239/STF seria de matéria diversa (dispõe sobre a impossibilidade de extensão da coisa julgada que declare indevida a cobrança do tributo em determinado exercício, para os posteriores)³.

Acerca dos Temas 881 e 885, o Min. Luis Roberto Barroso, suscita a possibilidade de ponderação no caso, que envolveria segurança jurídica frente à isonomia tributária e livre concorrência. Em sua fala, toma partido a favor dos dois últimos, ressaltando que a segurança jurídica não pode ser encarada como absoluta, principalmente quando identificado um princípio que melhor cumpra a vontade constitucional.

De todo modo, o Ministro Luis Roberto Barroso vai ao encontro aos votos dos demais, declarando a existência de uma cláusula implícita de *rebus sic stantibus* em relações jurídicas de trato sucessivo. Ou seja, a decisão permanece para os atos futuros enquanto não modificado o substrato fático-jurídico que motivou sua criação.

Na esteira do raciocínio travado pelos ministros, a declaração do STF à favor da constitucionalidade da CSLL, seria uma alteração no silogismo original das decisões fundadas na perspectiva contrária, comportando-se tal qual à uma criação legislativa. Os contribuintes, mesmo detendo coisa julgada favorável, deveriam proceder ao imediato recolhimento do tributo, a partir da publicação da ata de julgamento.

A regra é o impacto automático, que só não ocorreria nos casos de controle incidental, anteriores à repercussão geral. Caso o controle de constitucionalidade seja pela via direta ou incidental, com repercussão geral, a coisa julgada sofreria uma cessação automática de seus efeitos (respeitadas a irretroatividade, anterioridade anual e a noventa ou a anterioridade nonagesimal, a depender da natureza do tributo).

Por isso, a discussão principiológica, sugerida pelo Ministro Luis Roberto Barroso, em que pese revele um posicionamento pouco cauteloso na proteção da coisa julgada, entendendo pela viabilidade de seu afastamento em nome de princípios que protejam um número maior de

2 “A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495)”.

3 “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

jurisdicionados (economicamente ou por um preceito geral de justiça), refere-se ao *obiter dictum* dos Temas 881 e 885. Sua solução (*ratio decidendi*) foi buscada no campo processual.

Mesmo com os apelos do Ministro Luiz Fux, que se diz impressionado com o guardião da Constituição (STF) relegando a coisa julgada a um segundo plano, a maioria dos Ministros optam por não modular os efeitos, permitindo a cobrança a partir de 2007 (ano da declaração de constitucionalidade da CSLL).

Dentre os argumentos invocados que fundamentam a posição majoritária, os princípios tributários, como a livre concorrência e a isonomia tributária, tomaram posição preponderante. A ausência de um encargo fiscal teria oferecido, por anos, vantagens econômicas, influenciando a competitividade de mercado.

O Ministro Gilmar Mendes ainda alega que modular os efeitos seria contrário à segurança jurídica. Todavia, seu posicionamento não faz alusão a coisa julgada, mas a necessidade de respeito aos precedentes judiciais da Corte.

Sobre isso, o Ministro Luiz Fux rebate que a segurança jurídica, garantida pela coisa julgada, não guardaria relação de “antinomia” com os demais princípios, mas todos eles deveriam ser respeitados e conciliados por força de um maior: unidade da Constituição. Em defesa da modulação dos efeitos, sustenta a legítima confiança dos contribuintes no instituto da *res iudicata*.

O caso gerou considerável manifestação doutrinária, que em seguida se posicionou ao lado da segurança jurídica.

Rennan Thamay (2023, cap. 9.1.) edifica um notável encadeamento de princípios, alicerçados na segurança jurídica (legalidade estrita, igualdade tributária, generalidade e capacidade contributiva), concluindo que é dever do Estado respeitar o contribuinte enquanto um sujeito de direito, não um súdito temeroso com a tomada de suas posses.

Critica o posicionamento tomado pelo STF, que, em suas palavras, teria anulado a segurança jurídica nas hipóteses onde a sentença/acórdão se funda declaração de (in) constitucionalidade de um tributo (Thamay, 2023, cap. 9.2.). A rescisão automática se comportaria de maneira desarmônica com a ideia de segurança jurídica, criando um impasse que somente poderia ser resolvido com auxílio da ação rescisória (Thamay, 2023, cap. 9.2.).

De forma divergente, Luiz Guilherme Marinoni (2024, cap. 6.10), mesmo criticando as manifestações iniciais dos ministros, que chegaram a sugerir a desconstituição da coisa julgada, elogia a diferenciação entre rescindibilidade (extinção da coisa julgada anterior) e cessação dos efeitos (limitação temporal), com a opção final pela segunda.

Opinião parecida possui José Miguel Garcia Medina (2023, cap.14.3), para quem a coisa julgada anterior, na hipótese de cessação dos efeitos, permanece válida para a causa de pedir e

pedido que a compuseram. A mesma coisa julgada continua existindo, mas regendo apenas os eventos anteriores a declaração do STF em sentido adverso.

Porém um alerta é feito por José Miguel Garcia Medina (2023, cap. 14.3.) aos ministros, que se assemelha às considerações realizadas no tópico anterior. A inconstitucionalidade é fenômeno variável no tempo, de modo que uma lei, antes vista como condizente com a Carta Maior, pode encontrar uma justificativa que a torne contrária (Medina, 2023, cap. 14.3.).

Sendo dificultoso supor que o STF é capaz de perquirir todos os fundamentos, presentes e futuros, capazes de sustentar a constitucionalidade de uma lei, é imperioso que se especifique qual é o objeto de sua análise no controle de constitucionalidade. Desta forma, seria plenamente viável que outro juízo, pelas vias difusas, encontrasse argumentos que levem a inconstitucionalidade da lei, mas que não foram analisados pela Corte Suprema (Medina, 2023, cap. 14.3.).

A parcial concordância da doutrina com a *ratio decidendi* é compensada pelas críticas ferrenhas à opção dos ministros por não modular os efeitos da decisão.

Na balança fictícia entre princípios tributários (centrados na ordem econômica) e segurança jurídica (composta pela coisa julgada e geradora da legítima confiança), a doutrina entendeu como evidente o lado com maior peso e que deveria prevalecer, mas não encontrou correspondência na maioria dos ministros.

A preocupação de Rennan Thamay a esse respeito:

O que se teme, efetivamente, com os temas decididos pelo STF é que a segurança jurídica, como elemento de paz social, seja desconsiderada e simplesmente desrespeitada por fundamentos econômicos que, certamente, trarão efeitos grandemente prejudiciais para a sociedade e para o sistema jurídico que, no final, estabiliza-se e gera paz social, tendo como centro elementar a segurança jurídica (2023, cap. 9.5.).

Ponto mencionado pelo Ministro Luis Roberto Barroso durante seu voto, afirmando que a qualidade das partes não faria diferença ao posicionamento escolhido, é posto em pauta por Rennan Thamay:

E se houver uma decisão judicial, em sede de controle de constitucionalidade, que declare inconstitucional determinado tributo cobrado pela Entidade Pública, e houver várias decisões judiciais que declararam tal tributo como constitucional, no pretérito, a coisa julgada individual desfavorável ao contribuinte será automaticamente rescindida e deverá o contribuinte ser ressarcido, sem qualquer modulação dos efeitos? (Thamay, 2023, cap. 9.5.)

Dois argumentos corroboram a modulação dos efeitos: o STF nunca havia deliberado sobre o assunto (em que pese alegações em sentido contrário pelos ministros), fato verificável pelas intensas discussões que ocorreram até se chegar a um ponto comum, o que fere em demasia a confiança justificada e a segurança jurídica; e a ADI 15 não foi clara, na época, de que a coisa julgada sofreria modificações (Marinoni, 2024, cap. 7.2.) (Medina, 2023, cap. 14.3.).

Os pronunciamentos realizados durante os votos, somado à não modulação dos efeitos,

demonstram a forma pouco cuidadosa com que o STF encara o instituto da coisa julgada e a segurança jurídica dele decorrente.

Finalizando a análise das decisões relevantes sobre a matéria, é pertinente que sejam tecidos breves comentários a respeito do art 525, § 12 e art. 535, § 5º, ambos do CPC.

Os dispositivos autorizam que uma declaração do STF seja arguida em cumprimento de sentença, como matéria apta a atingir a exigibilidade do título. Sua leitura, até então, deveria ser feita em conjunto com os parágrafos 14 e 7º, respectivamente, considerando uma periculosidade: o requisito de que a decisão do STF seja anterior ao trânsito em julgado.

O art. 525, §15 e o art. 535, § 8º, do CPC, neste raciocínio, guardariam inconstitucionalidades de duas naturezas. A primeira por autorizar que uma decisão posterior do STF seja fundamento para a ação rescisória, violando-se a coisa julgada material e a segurança jurídica (Marinoni, 2024, Cap. 5.6.). Aceitando a propositura da ação rescisória, haveria uma outra inconstitucionalidade marcada pelo prazo indefinido para contagem, que só se iniciaria quando diante de eventual decisão da Corte (Jorge, 2023, p.163-164).

Em 2025 o STF finalizou o julgamento da AR 2.876 QO, cujo acórdão, até o momento, não foi divulgado, restando somente suas teses. Evitando a pretensiosa tentativa de abodar seu conteúdo extensivamente, algumas considerações são possíveis.

De início, a declaração de inconstitucionalidade do art. 525, § 14 e art. 535, § 7º, do CPC, em contramão ao defendido pela doutrina, dando a entender, pela análise conjunta com o item 3 da tese, que a inconstitucionalidade pode ser suscitada pela parte em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, independentemente se anterior ou posterior ao trânsito em julgado da decisão.

Ainda restou consignado que o STF poderia definir os efeitos temporais dos precedentes vinculantes e sua repercussão sobre a coisa julgada, podendo delimitar sua extensão para fins de cabimento de ação rescisória e até afastar o seu uso para preservação da segurança jurídica e do interesse social.

No seu silêncio, ficou fixada a regra geral dos efeitos temporais limitados a cinco anos da propositura, que deve ser realizada em até dois anos do trânsito em julgado da decisão do STF.

Dessa forma, os limites da coisa julgada se tornaram ainda mais maleáveis, seja em decorrência da extensão das ferramentas capazes de barrar sua eficácia ou pela sujeição a uma análise subjetiva da Corte Suprema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A coisa julgada material, enquanto fenômeno processual, garante estabilidade e

imutabilidade à decisão de mérito transitada em julgado. De um ponto de vista mais amplo, confere legitimidade ao poder estatal, protegendo os jurisdicionados de revisões futuras de questões já debatidas. Constitui um dos principais instrumentos de proteção da segurança jurídica.

Quando em posição oposta a princípios constitucionalmente protegidos, isto é, nas situações em que sua manutenção simbolize riscos à diretrizes fundamentais, a importância do instituto e da segurança jurídica que traz consigo é inevitavelmente questionada. Neste impasse, cada situação traz caminhos distintos de solução, dificultando o estabelecimento de uma regra geral, levando a uma análise *lato sensu* que só pode ser resumida na dicotomia: “segurança jurídica x princípios fundamentais”. A Corte Suprema notadamente tem optado pelo segundo.

No Tema 392, a fundamentação exclusivamente principiológica confere indícios desfavoráveis à segurança jurídica, no que se refere à visão do STF, que a vê como afastável em nome de preceitos gerais de justiça, em uma discutível aplicação do resumo do pensamento maquiavélico (“os fins justificam os meios”). A existência de uma terceira via, que mesmo “avariando” os princípios fundamentais (restringindo temporalmente o prazo para ação rescisória), oferecia cautela à segurança jurídica, sem negar por completo o direito material, era uma possibilidade viável de conciliação entre os princípios, mas não acolhida.

Os Temas 881 e 885 reforçam os indícios verificados no julgado anterior. Em que pese a solução do caso seja de ordem técnica (limitação temporal da coisa julgada), a opção pela não modulação com base na isonomia e livre concorrência, demonstram a valorização do tratamento igualitário entre os indivíduos (encaixando-se como um preceito de justiça) e um apreço pelo aspecto econômico, à custo da legítima confiança na coisa julgada e segurança jurídica.

O episódio mais recente do assunto, na figura da AR 2.876, apesar da falta de acesso à informações completas, corrobora com o raciocínio até então construído. A abertura de um novo meio para barrar os efeitos da coisa julgada e a subjetividade em se decidir como ela será afetada, prejudicam ainda mais a segurança jurídica que se deveria garantir.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 3ª Edição. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.

ÁVILLA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. In: OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: análise das relações jurídicas de trato continuado**. 2013. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

BARIONI, Rodrigo; ALVIM, Teresa. **34. Recursos Repetitivos: Tese Jurídica e Ratio**

Decidendi In: BIANCHI, José; PINHEIRO, Rodrigo; ALVIM, Teresa. **Jurisdição e Direito Privado: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Ministra Nancy Andrighi no Stj**. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/jurisdicao-e-direito-privado-estudos-em-homenagem-aos-20-anos-da-ministra-nancy-andrighi-no-stj/1196996441>. Acesso em: 29 jul 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso De Direito Constitucional Contemporâneo** - 13ª Edição 2025. 13. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. ISBN 9788553626861. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553626861/>. Acesso em: 30 jul. 2025.

O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo. 9. Ed. São Paulo. Editora Saraiva jur. 2022.

Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. Ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Rescisória n.º 2.876**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 23 abril 2025. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_AR_2876_7ca97.pdf f? AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1727468842&Signature=IKnXueKt0fOi0IP6W%2BnZJ%2FW%2BqY8%3D. Acesso em: 30 jul. 2025..

BRASIL, _____. **Tema 392. Recurso Extraordinário n. 363889**. Rel: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 02 jun. 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2072456&numeroProcesso=363889&classeProcesso=RE&numeroTema=392>. Acesso em: 30 jul 2025.

BRASIL, _____. **Tema 733. Recurso Extraordinário n. 730.462**. Relator: Teori Zavascki. Julgado em: 28 maio 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4353441&numeroProcesso=730462&classeProcesso=RE&numeroTema=733>. Acesso em: 30 jul. 2025.

BRASIL, _____. **Tema 881. Recurso Extraordinário n. 949.297**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 08 fev. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em: 30 jul. 2025.

BRASIL, _____. **Tema 885. Recurso Extraordinário n. 959.252**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 29 nov. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365202206&ext=.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 239**. Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2062>. Acesso em: 30 jul. 2025

BUENO, Cassio S. **Curso sistematizado de direito processual civil - Vol. 2 - 14ª Edição 2025**. 14. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.363. ISBN 9788553626298. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553626298/>. Acesso em: 30 jul. 2025.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Jus PODIVM, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Um alento ao futuro: tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. In: Relativização da coisa julgada, organizada por Fredie Didier Jr. 2. Ed. Editora Juspodvm. 2008.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de Precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**. Londrina: Thoth, 2020.

GOETHE. Johann Wolfgang Von. **Fausto**. Tradução: Agostinho Ornellas. São Paulo. Editora Martin Claret, 2016.

JORGE, Carolina Schäffer Ferreira. **Efeitos das Decisões Proferidas pelo STF no Controle de Constitucionalidade sobre a Coisa Julgada Tributária**. 2023. 228 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

LESSA, Guilherme Thofehrn; Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sergio Cruz; Mitidiero, Daniel. **Precedentes judiciais e raciocínio jurídico: aplicação, analogia e distinção**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARINONI. Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: art 525. §§12, 13, 14 e 15, CPC/2015**. 4. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Coisa Julgada Inconstitucional - Ed. 2024. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/coisa-julgada-inconstitucional-ed-2024/2924143512>. Acesso em: 30 jul 2025.

MEDINA, José. **Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória - Ed. 2023**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/sentenca-coisa-julgada-e-acao-rescisoria-ed-2023/2072369300>. Acesso em: 30 jul 2025.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: análise das relações jurídicas de trato continuado**. 2013. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Direito Constitucional Brasileiro. 1. Ed. São Paulo. Editora Edusp, 2021.

SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada constitucional: teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade**. Coimbra: Almedina, 2009. In: I) Mutabilidade das Decisões do STF em Matéria Tributária - Ed. 2023. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/i-mutabilidade-das-decisoes-do-stf-em-materia-tributaria-ed-2023/2072385822>. Acesso em: 30 jul 2025.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Coisa Julgada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.

(I)mutabilidade das Decisões do STF em Matéria Tributária. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2023.

THAMAY, Rennan; GARCIA JR., Vanderlei; FROTA JR., Clóvis Smith. **Precedentes Judiciais.** São Paulo: Saraiva, 2021.

TUCCI, José. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538.** São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais. 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** 2000. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000.

O CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO PÓS-EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 132/2023: DESAFIOS PARA A SIMPLICIDADE, ACESSO À JUSTIÇA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Alexandre Naoki NISHIOKA¹
Giulia Ramos DALMAZO²

RESUMO

Com o objetivo de simplificar a arrecadação, reduzir a litigiosidade e aumentar a eficiência, a reforma tributária, materializada pela Emenda Constitucional n.º 132/2023, representa uma das mais significativas transformações no sistema tributário nacional. No entanto, a opção política pelo modelo de Imposto sobre Valor Agregado dual, com a criação de dois tributos materialmente idênticos, mas com a preservação da capacidade tributária ativa dos entes federados, suscita dúvidas quanto à efetiva racionalização do processo tributário, criando consideráveis entraves processuais à simplicidade, ao acesso à justiça e ao devido processo legal. Sob essas premissas, o presente estudo aborda como problema central os desafios impostos à simplicidade e ao acesso à justiça pela criação de tributos materialmente idênticos (IBS e CBS), mas com competências distintas, e pela consequente fragmentação do contencioso tributário. O objetivo geral é compreender, por meio de revisão bibliográfica e análise de propostas legislativas como o Projeto de Lei Complementar n.º 108/2024, o embate entre os objetivos da reforma, notadamente o princípio da simplicidade, e os obstáculos processuais decorrentes do modelo de IVA dual adotado.

PALAVRAS-CHAVE: reforma tributária; imposto sobre valor agregado dual; contencioso tributário; princípio da simplicidade; acesso à justiça; devido processo legal.

ABSTRACT

Aiming to simplify tax collection, reduce litigation, and enhance efficiency, the tax reform enacted through Constitutional Amendment No. 132/2023 represents one of the most significant transformations in the Brazilian tax system. However, the political decision to adopt a dual Value-Added Tax (VAT) model—entailing the creation of two materially identical taxes while preserving the taxing authority of the federal entities—raises concerns regarding the actual rationalization of the tax process, introducing considerable procedural obstacles to simplicity, access to justice and due process of law. Under these premises, this study addresses as its central issue the challenges posed to simplicity and access to justice by the creation of materially identical taxes (IBS and CBS) under distinct jurisdictions, and the resulting fragmentation of tax litigation. The general objective is to examine, through a literature review and an analysis of legislative proposals such as Complementary Bill No. 108/2024, the tension between the reform's intended goals—particularly the principle of simplicity—and the procedural obstacles arising from the adopted dual VAT model.

KEYWORDS: tax reform; dual value-added tax, tax litigation; principle of simplicity; access to justice; due process of law.

1 Professor Doutor de Direito Tributário da Universidade de São Paulo (USP), na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP), na Faculdade de Direito (FD), onde também cursou sua graduação. Ex-Conselheiro do CARF (2008-2015). Sócio do Nishioka & Gaban Advogados

2 Mestre em Direito, com distinção, pela Universidade de São Paulo (FDRP/URP). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade de São Paulo. Graduiu-se em Direito, com mérito acadêmico, na Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Foi pesquisadora bolsista (nível Mestrado) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES e pesquisadora bolsista (nível iniciação científica) da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP. Advogada em Nishioka Gaban Advogados.

INTRODUÇÃO

Materializada pela Emenda Constitucional n.º 132/2023 e regulamentada por leis infraconstitucionais, como a Lei Complementar n.º 214/2025, a recente reforma tributária sobre o consumo representa uma das mais significativas transformações no sistema tributário nacional. Com o claro objetivo de simplificar a arrecadação – escopo este, inclusive, elegido ao status de princípio constitucional, conforme preconiza o artigo 145, §3º, da Constituição da República de 1988³ (BRASIL, 1988) –, reduzir a litigiosidade e aumentar a eficiência⁴, a reforma introduz três novos tributos: o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) e o Imposto Seletivo, que substituirão, gradativamente, o ICMS, ISS, PIS, Cofins e IPI. A reestruturação, contudo, não se limitou à esfera arrecadatória, projetando-se, igualmente, sobre o contencioso tributário, tanto no âmbito administrativo, quanto no judicial.

No entanto, a opção política pelo modelo de Imposto sobre Valor Agregado (IVA) dual, com a criação de dois tributos formalmente distintos, mas materialmente idênticos e com a preservação da capacidade tributária ativa dos entes federados⁵, suscita dúvidas quanto à efetiva racionalização do processo tributário, criando consideráveis entraves processuais à simplicidade, ao acesso à justiça e ao devido processo legal. A nova configuração, em especial no que tange ao IBS, rompe com o paradigma da unicidade do sujeito ativo, criando desafios na sua identificação em lides tributárias.

Para Marco Aurélio Greco e Sérgio André Rocha, a simplificação foi a protagonista da reforma tributária e algumas das causas da complexidade do Sistema Tributário Nacional estão no centro da Emenda Constitucional n.º 132/2023⁶ (GRECO; ROCHA, 2024, p. 760-761). A extinção e

3 “CF/1988, Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) § 3º O Sistema Tributário Nacional deve observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente” (BRASIL, 1988, n.p.).

4 Chama-se atenção aqui para a implementação do mecanismo do recolhimento de tributos na liquidação financeira, também denominado *split payment*, que representa uma transformação significativa no processo de arrecadação dos tributos sobre o consumo, ao estabelecer uma sistemática baseada na retenção e recolhimento automático desses tributos por intermédio de soluções integradas de pagamento.

5 A intenção original da reforma tributária era a de que o IVA fosse um imposto único, arrecadado e administrado pela União Federal, cabendo a esta repassar, a cada um dos entes federados, a sua cota-parte. A proposta, no entanto, não foi aceita pelos entes subnacionais em muito por desconfiança quanto à própria repartição das receitas e questionamentos atinentes à forma federativa do Estado. A solução encontrada pela Emenda Constitucional n.º 132/2023, ainda durante a tramitação da PEC, foi a de bipartir o tributo, criando-se, como já mencionado, o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), de competência compartilhada entre Estados, Municípios e Distrito Federal, e a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), de competência da União Federal (ABREU, 2024, p. 327).

6 Nesse sentido, pode-se listar seis diferentes grupos de causas da complexidade: (i) as decorrentes do próprio desenho do sistema (incluído aqui o modelo federativo brasileiro, por exemplo); (ii) as oriundas de induções legislativas, como a criação de regimes benéficos diferenciados, indução ao lobby e ao planejamento tributário; (iii) decorrentes da maneira como se dá a relação entre o Fisco e contribuintes (reação à carga tributária, à corrupção e à má administração de recursos públicos); (iv) as resultantes dos deveres instrumentais impostos aos contribuintes; (v) as consequentes da complexidade dos próprios fatos econômicos e sociais; e (vi) as geradas pela interpretação da Constituição e da legislação tributária. Especificamente este último grupo está relacionado à indeterminação da

substituição de tributos e a unificação de regulações, por exemplo, certamente vão ao encontro da simplicidade almejada. No entanto, muito da simplificação proposta na versão original da PEC n.º 45/2019 foi perdida durante a sua tramitação (a exemplo dos vários regimes de incidência e não incidência do IBS e da CBS). Mas não só. Ao mesmo tempo em que a Emenda Constitucional n.º 132/2023 aumentou substancialmente os dispositivos constitucionais tributários – o que para alguns autores já implica em maiores litígios fiscais –, também delegou a disciplina de temas centrais do novo regime de tributação do consumo ao legislador infraconstitucional. “Essa mistura de um extenso e detalhado regramento constitucional com um amplo campo de atuação do legislador infraconstitucional pode resultar em um significativo contencioso” (GRECO; ROCHA, 2024, P. 766), criando um aparente paradoxo em relação aos objetivos originalmente perseguidos pela reforma.

Não obstante a sua relevância, o contencioso tributário foi tratado de forma sumária na alteração do texto constitucional, remetendo-se à lei complementar sua regulação. A existência de dois contenciosos administrativos distintos para tratar de tributos praticamente idênticos, somando à ausência de normas claras sobre a competência jurisdicional para esses novos tributos, criam um cenário de insegurança jurídica que merece ser objeto de ensaio científico.

Sob essas premissas, o presente estudo encontra sua delimitação no contencioso tributário pós-Emenda Constitucional n.º 132/2023 e possui como pergunta-problema o seguinte questionamento: quais são os desafios decorrentes das alterações promovidas pela reforma tributária do consumo à simplicidade, ao acesso à justiça e ao devido processo legal e quais são os principais obstáculos impostos ao contencioso tributário pela instituição de tributos materialmente idênticos, como o IBS e a CBS, mas de competências distintas? O objetivo geral consiste em compreender, por meio de revisão bibliográfica e análise de propostas legislativas, notadamente no Projeto de Lei Complementar n.º 108/2024, o impacto da reforma tributária sobre o consumo no contencioso tributário e o possível embate com os princípios fundamentais que regem o Sistema Tributário Nacional, como o da simplicidade, do acesso à justiça e do devido processo legal.

O desdobramento da pesquisa seguirá a seguinte estrutura. Inicialmente, buscará (1), por meio de revisão bibliográfica e análise do texto normativo, compreender as principais alterações promovidas pela Emenda Constitucional n.º 132/2023 e as inclusões no texto constitucional por ela estruturada no tocante ao contencioso tributário, em especial no campo administrativo. Posteriormente, a partir do exame do Projeto de Lei Complementar n.º 108/2024, (2) estruturar, sob a ótica da regulamentação do Comitê Gestor do IBS, as principais disposições sobre o contencioso

linguagem, que por si gera intermináveis debates sobre a materialidade de cada tributo, ao tempo do Poder Judiciário e às flutuações de jurisprudência.

tributário envolvendo o IBS. Por fim, justapondo às conclusões até então desenvolvidas, (3) analisar o possível paradoxo em relação aos objetivos originalmente perseguidos pela reforma, como o da simplicidade, acesso à justiça e devido processual, e os problemas processuais ocasionados pela escolha política por um Imposto sobre Valor Agregado Dual.

O CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO NA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 132/2023

A Emenda Constitucional n.º 132/2023 introduziu na Constituição da República o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), de competência compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios, e a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), de competência da União Federal. Por força do quanto disposto nos artigos 149-B e 195, §16, da Constituição da República de 1988, os tributos são materialmente idênticos, compartilhando os mesmos fatos geradores, hipóteses de não incidência, bases de cálculo, sujeitos passivos, imunidades, regimes específicos, diferenciados e favorecidos de tributação, regra de não-cumulatividade e de creditamento, entre outros elementos. O artigo 124, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ainda determina que a CBS seja instituída pela mesma lei complementar que cria o IBS, reforçando a necessidade de que os tributos sejam mantidos juntos desde sua criação. Trata-se do que a doutrina tem denominado de tributos siameses.

Em que pese essa identidade material, os tributos receberam tratamentos diferentes do ponto de vista processual. Segundo o artigo 156-A, §5º, VII, da Constituição da República de 1988, lei complementar disporá sobre o processo administrativo fiscal do IBS. Ainda, o artigo 156-B, III, da Carta Magna determina que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão de forma integrada, exclusivamente por meio do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, nos termos e limites estabelecidos na Constituição e em lei complementar, a decisão quanto ao contencioso administrativo envolvendo o IBS. No entanto, o §16, do artigo 195, do texto constitucional, que, como mencionado, definiu os detalhes da CBS a partir da menção aos do IBS, não faz alusão alguma ao artigo 156-A, §5º, VII e ao artigo 156-B, III, ambos da Constituição da República.

Para Murilo Silvio de Abreu, essa “omissão” da Emenda Constitucional n.º 132/2023 quanto ao contencioso administrativo foi proposital: no plano de fundo estava a ideia de que o processo administrativo do IBS tivesse lugar no Comitê Gestor e que o contencioso administrativo da CBS permanecesse no âmbito da União, como sempre ocorreu com os tributos federais que ela substituirá, i.e., a cargo das Delegacias Regionais de Julgamento em primeira instância, e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em segundo grau, nos moldes do Decreto n.º 70.235/1972 (ABREU, 2024, p. 329). Este fato, por si, pode resultar em um primeiro problema da

reforma ao contencioso tributário brasileiro: um contribuinte poderá ser autuado simultaneamente pela União (CBS) e pelo Comitê Gestor (IBS) por fatos semelhantes, obrigando-o a se defender em processos paralelos, com prazos e ritos distintos (OLIVEIRA; MELO, 2025, n.p.).

Atento a essa adversidade, o próprio texto constitucional, no artigo 156-B, §8º, traz a possibilidade de Lei Complementar prever a integração do contencioso administrativo relativo ao IBS e à CBS. Igualmente, a Carta Magna, após a Emenda Constitucional n.º 132/2023, atribui ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do seu artigo 105, I, “j”, a competência para solucionar conflitos entre entes federados relacionados aos tributos. Todavia, não houve definição expressa sobre qual a esfera do Poder Judiciário (Federal ou Estadual) será responsável por processar e julgar os feitos envolvendo o imposto e a contribuição (OLIVEIRA; MELO, 2025, n.p.). Obviamente, quando uma lide envolver apenas a CBS, parece não haver dúvidas quanto à competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, I, da Constituição da República de 1988. No entanto, quando o tributo em discussão é o IBS, de competência compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios, a competência tende a ser da Justiça Estadual. Surge, assim, o risco de decisões conflitantes para situações idênticas: um mesmo fato gerador pode ter tratamento distinto em ações tramitando em justiças diversas.

A previsão de competência do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, pode gerar conflito de atribuições entre este Tribunal e o Supremo Tribunal Federal. Isso porque os conflitos entre entes federativos já são de competência originária do Supremo Tribunal Federal, por força do artigo 102, I, “f”, da Constituição da República de 1988, segundo o qual “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originalmente, as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”. A Corte Constitucional já definiu que não é qualquer conflito entre entes federados que justifica a sua competência originária, sendo necessário que aquele seja qualificado: apenas conflitos que tenham o potencial de abalar o pacto federativo é que se enquadram na competência prevista no dispositivo constitucional. Espera-se que o Superior Tribunal de Justiça adote esse mesmo entendimento ao regulamentar e consolidar sua jurisprudência em relação à sua nova atribuição, excluindo de sua competência originária questões puramente técnicas, disputas patrimoniais sobre repasse de valores entre os entes federativos ou interpretações a dispositivos legais sem repercussões políticas relevantes (FERNANDES; EVANGELISTA, 2025, p. 67).

À parte o desafio da jurisdição competente, haverá ainda o revés de manter o caráter idêntico da CBS e do IBS, regidos por uma única legislação uniforme em todo o território nacional. Neste cenário, aguardar a uniformidade normativa oriunda de precedentes qualificados dos

Tribunais Superiores, considerando a lentidão da uniformização da jurisprudência pode representar uma luta incessante por segurança jurídica em um contexto de instabilidade decorrente, em grande parte, das repentinas mudanças de entendimento em matéria tributária (GARCIA; ABOUD, 2025, p. 180-181).

Se não bastasse, o §2º, IV, do artigo 156-B, da Constituição da República de 1988, dispõe que a fiscalização, o lançamento, a cobrança, a representação administrativa e a representação judicial relativos ao IBS serão realizados, no âmbito de suas respectivas competências, pelas administrações tributárias e procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as quais poderão definir hipóteses de delegação ou compartilhamento de competências entre si, cabendo ao Comitê Gestor a coordenação das atividades. Nota-se, pois, que, em vez de concentrar a gestão tributária do IBS, optou-se por mantê-la pulverizada, ratificando, em uma primeira análise, a autonomia federativa. Essa decisão política tende a aprofundar a fragmentação do sistema, enraizando ainda mais a complexidade inerente ao modelo federativo de Estado, uma vez que, em termos práticos, o contribuinte continuará sujeito a múltiplas fiscalizações, a exigências administrativas distintas e a interpretações divergentes quanto à aplicação da legislação tributária relativa ao referido imposto⁷.

No caso específico do IBS, o texto constitucional estabelece a competência compartilhada e a afetação do processo administrativo a outra “instância”, diversa do ente destinatário do tributo: o Comitê Gestor, conforme determina o artigo 156-B, III, da Constituição da República de 1988⁸. Restou assegurado aos Estados, Distrito Federal e Municípios a participação no referido Comitê, notadamente quanto à prática de atos típicos das carreiras da administração tributária e das procuradorias. Para muitos, essa tentativa de uniformizar o contencioso administrativo via Comitê Gestor do IBS retira dos entes federados a capacidade de gerir suas próprias disputas tributárias de acordo com suas especificidades locais, de modo que as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 132/2023 comprometeriam a essência do federalismo fiscal consagrado pela Constituição de 1988, ao centralizar competências que deveriam permanecer distribuídas (AZEVEDO, 2024, p. 07).

Não se pode olvidar, contudo, que os entes subnacionais individualmente considerados

7 Nesse sentido, o papel do Comitê Gestor é de buscar uma integração entre Estados, Distrito Federal e Municípios e não substituí-los no exercício da capacidade tributária ativa. Assim, de acordo com a Emenda Constitucional n.º 132/2023, as atividades de lançar, fiscalizar e cobrar continuarão a ser executadas pelas administrações tributárias dos diversos entes subnacionais e as representações administrativa e judicial por suas procuradorias, sob “coordenação” do Comitê Gestor (GARCIA; ABOUD, 2025, p. 177-178).

8 “CF/1988. Art. 156-B. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão de forma integrada, exclusivamente por meio do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, nos termos e limites estabelecidos nesta Constituição e em lei complementar, as seguintes competências administrativas relativas ao imposto de que trata o art. 156-A: (...) III - decidir o contencioso administrativo” (BRASIL, 1988, n.p.).

continuarão a ser os sujeitos de direito que ocuparão um dos polos da relação jurídico-processual tributária, devendo, igualmente, estarem representados pelas suas procuradorias, nos termos do quanto previsto no artigo 156-B, §2º, V, da Constituição da República⁹. A atuação, contudo, deverá ser coordenada por um ente central da advocacia pública sediado junto ao Comitê Gestor, que nesse sentido, seria uma espécie de órgão distribuidor das demandas de acordo com critérios a serem definidos em comum acordo entre os entes federados (GARCIA; ABOUD, 2025, p. 182-183).

Ao que tudo indica, a preocupação da Emenda Constitucional n.º 132/2023 foi a de estipular que a atuação do Comitê Gestor se desse antes de instaurado o litígio tributário, na linha do que dispõem os §§6º e 7º do artigo 156-B, da Constituição da República de 1988. Segundo esses dispositivos, o Comitê Gestor, a administração tributária da União e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional compartilharão informações fiscais relacionadas ao IBS e à CBS, e atuarão com vistas a harmonizar normas, interpretações, obrigações acessórias e procedimentos a eles relativos, e o Comitê Gestor e a administração tributária da União poderão implementar soluções integradas para a administração e cobrança dos tributos.

Não por menos, o Título VII, denominado “Da Administração do IBS e da CBS”, da Lei Complementar n.º 214/2025, responsável pela instituição do IBS, da CBS e do Imposto Seletivo, traz dois capítulos voltados à harmonização do IBS e da CBS. Pretendeu-se evitar litígios tributários com a criação de dois órgãos colegiados: (i) o Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias, composto por quatro representantes da Receita Federal do Brasil e quatro representantes do Comitê Gestor, sendo dois dos Estados ou do Distrito Federal e dois dos Municípios ou Distrito Federal; e (ii) o Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias, composto de quatro representantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, indicados pela União e quatro representantes das Procuradorias, indicados pelo Comitê Gestor do IBS, sendo dois procuradores de Estado ou do Distrito Federal e dois procuradores de Município ou do Distrito Federal (artigo 319 da Lei Complementar n.º 214/2025).

Dentre as competências do Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias está uniformizar a regulamentação e a interpretação da legislação relativa ao IBS e à CBS em relação às matérias comuns, prevenir litígios relativos às normas comuns aplicáveis ao IBS e à CBS e deliberar sobre obrigações acessórias e procedimentos comuns relativos ao IBS e à CBS (artigo 321 da Lei Complementar n.º 214/2025). Já o Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias deverá atuar como órgão consultivo do Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias

9 Importante salientar que a norma contida no artigo 132, da Constituição da República de 1988, segundo a qual “os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas”, vai ao encontro desse raciocínio.

nas atividades de uniformização e interpretação das normas comuns relativas ao IBS e à CBS e analisar relevantes e disseminadas controvérsias jurídicas relativas ao IBS e à CBS suscitadas pelo Presidente do Comitê Gestor do IBS e pelo Ministro de Estado da Fazenda (artigo 322 da Lei Complementar n.º 214/2025).

Em que pese apenas essas duas autoridades poderem suscitar controvérsias - o que pode aumentar a litigiosidade no tocante àquelas matérias consideradas por elas irrelevantes ou sobre as quais não tomem conhecimento -, fato que as resoluções aprovadas pelo Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias e pelo Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias terão caráter vinculante às administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e às Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, respectivamente, por força do quanto disposto nos artigos 321, parágrafo único, e 322, §2º, da Lei Complementar n.º 214/2025. A Lei Complementar, no entanto, não menciona expressamente se os dois órgãos integrarão ou não a estrutura do Comitê Gestor do IBS (ABREU, 2024, p. 332).

O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR N.º 108/2024

Em 13/08/2024, a Câmara dos Deputados aprovou o texto-base do Projeto de Lei Complementar (PLP) n.º 108/2024, o segundo projeto de regulamentação da reforma tributária do consumo. Ao lado da Lei Complementar n.º 214/2025, o PLP n.º 108/2024, ainda em tramitação no Senado Federal, possui como principal escopo instituir o Comitê Gestor do IBS e dispor sobre o processo administrativo tributário relativo ao lançamento de ofício do referido tributo. Enunciando os princípios que devem nortear o contencioso administrativo do IBS, o projeto disciplina, de modo detalhado, sobre a forma eletrônica do processo administrativo, os atos e termos processuais, contagem de prazos e intimações, possibilidade de solução consensual das controvérsias envolvendo o tributo, mesmo após o seu lançamento de ofício, a observância de precedentes qualificados, espécies recursais etc. No entanto, em que pese a identidade material entre IBS e CBS, ao PLP n.º 108/2024 restou a disciplina do plano processual apenas do primeiro, permanecendo o Decreto n.º 70.235/1972 com o caráter norteador para os demais tributos federais, inclusive CBS e Imposto Seletivo.

Nos termos do artigo 67, do PLP n.º 108/2024, deve-se observar no processo administrativo tributário os princípios da simplicidade, da verdade material, da ampla defesa, do contraditório, da publicidade, da transparência, da lealdade e boa-fé, da motivação, da oficialidade, da cooperação, da eficiência, do formalismo moderado, da razoável duração do processo, da

segurança jurídica, do devido processo legal e da celeridade da tramitação. Mais uma vez, a simplicidade aparece como vetor. No entanto, as proposições contidas no projeto não necessariamente se alinham à matriz constitucional, muitas vezes criando empecilhos no tocante à conformação entre um ou mais princípios.

É o que ocorre, por exemplo, com o artigo 69 do PLP n.º 108/2024, segundo o qual “o processo administrativo tributário terá sua formação, sua tramitação e seu julgamento realizados mediante utilização de sistema eletrônico”, e com o artigo 99, parágrafo único, que prevê que “as sessões de julgamento relativas ao contencioso administrativo serão realizadas de modo virtual”. Isso porque a imperiosidade dos julgamentos e atos virtuais pode, de fato, contribuir para a celeridade e economicidade do processo, no entanto, também pode representar prejuízo substancial aos contribuintes em relação ao exercício da ampla defesa e ao devido processual legal. O projeto, por sua vez, não vislumbra soluções para esse tipo de problemática.

Igualmente desafiador parece ser a própria estruturação dos órgãos julgadores do contencioso administrativo do IBS, prevista nos artigos 100 a 109 do PLP n.º 108/2024. Conforme determina o artigo 101, do projeto, o contencioso administrativo será estruturado, no âmbito das competências do Comitê Gestor do IBS, em três instâncias: (i) primeira instância de julgamento; (ii) instância recursal; e (iii) instância de uniformização da jurisprudência do IBS, sendo as primeiras organizadas por unidade federativa estadual e distrital, observado o âmbito de circunscrição das administrações tributárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios respectivamente consideradas. O §3º, desse mesmo dispositivo assegura a paridade de representação entre o conjunto dos Estados e do Distrito Federal e o conjunto dos Municípios e do Distrito Federal em todas as instâncias que compõem a estrutura de julgamento incumbida de decidir o contencioso administrativo relativo ao IBS.

A segunda instância será, nos termos do artigo 107, do PLP n.º 108/2024, composta de vinte e sete Câmaras de Julgamento, integradas, de forma colegiada e paritária, por servidores de carreira do Estado e dos respectivos Municípios ou do Distrito Federal, com competência para a realização do lançamento tributário ou julgamento tributário, e por representantes dos contribuintes. A instância de uniformização de jurisprudência, por sua vez, será composta da Câmara Superior do IBS, integrada, exclusivamente por servidores de carreira do Estado e dos respectivos Municípios, ou do Distrito Federal, com competência para a realização do lançamento tributário ou julgamento tributário.

Há, pois, “limitação” da paridade de representação dos contribuintes apenas para o julgamento da chamada instância recursal, distinguindo-se do modelo processual atualmente em

vigor no âmbito do CARF, onde a Câmara Superior de Recursos Fiscais¹⁰ é composta por representantes da Fazenda Nacional e dos contribuintes. Nesse sentido, pode-se afirmar que houve enfraquecimento da posição do contribuinte em comparação à sua contraparte nos processos administrativos (MENON; FIGLIOULO; NOVAIS; BRAGA; TORTORELLI, 2025, n.p.).

O enfraquecimento da posição do contribuinte também é sentido em outros dispositivos. Nesse sentido, menciona-se que o artigo 110, §1º, III, do PLP n.º 108/2024, que prevê o uso da palavra pela Representação da Fazenda Pública nas sessões de julgamento, e o §2º, do mesmo dispositivo, que assegura a participação de representante da autoridade lançadora na condição de assistente da representação da Fazenda Pública, no que se refere à sustentação oral na sessão. A mesma prerrogativa não foi concedida aos contribuintes. Outrossim, não há qualquer previsão quanto à apresentação de memoriais de julgamento e realização de audiência junto aos membros dos órgãos julgadores, direito este estabelecido no âmbito do contencioso federal, que será seguido para fins de disputas relativas à CBS, a exemplo do previsto no artigo 107 do Regimento Interno do CARF¹¹.

Outra divergência em relação ao Decreto n.º 70.235/1972, é a faculdade de reformulação do valor do crédito tributário após o lançamento, inclusive para a sua majoração, sem previsão de nova manifestação do contribuinte. Nesse sentido, estabelece o artigo 84, §3º, do PLP n.º 108/2024 que “a autoridade lançadora poderá alterar o lançamento efetuado, no todo ou em parte, em face de impugnação apresentada, diante de vício sanável do ato de lançamento de ofício ou de necessidade de sua reformulação”. Além das críticas materiais a essa previsão (como, por exemplo, haveria aqui uma possibilidade de correção do lançamento, independentemente do prazo decadencial?), nota-se relevante diferença quanto ao rito processual da CBS, uma vez que o Decreto n.º 70.235/1972 indica expressamente a necessidade de nova intimação do contribuinte para apresentação de defesa complementar (artigo 18, §3º¹²).

Questão relevante para as discussões envolvendo acesso à justiça está no artigo 94, do PLP n.º 108/2024. Nos termos deste dispositivo, a tramitação e o julgamento do processo administrativo tributário poderão ser mediante adoção de rito sumário, em razão do crédito tributário inferior ao

10 Nos termos do Regimento Interno do CARF, a Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CSRF) tem como competência julgar recursos especiais interpostos contra decisões que interpretam a legislação tributária de maneira divergente de outras câmaras, turmas ou da própria CSRF. Além disso, a CSRF é responsável por editar súmulas sobre matérias de competência de todas as suas turmas.

11 “Portaria MF n.º 1.634/2023. Art. 107. É assegurado o direito de apresentar memoriais, inclusive em meio digital, previamente ao julgamento”.

12 “Decreto n.º 70.235/1972. Art. 18. (...) § 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada”.

valor de alçada, fixado em caráter uniforme em âmbito nacional, ou em razão da menor complexidade da matéria, nos termos definidos em ato do Comitê Gestor do IBS, hipótese em que a decisão de primeira instância de julgamento será considerada definitiva, ressalvado o direito de interposição de pedido de retificação.

A supressão da segunda instância administrativa nos processos envolvendo créditos tributários de menor monta ou complexidade contrapõe, de um lado, aqueles que enxergam na referida limitação afronta ao direito de petição e aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa¹³, e, de outro, quem não vislumbra no duplo grau de jurisdição uma garantia processual absoluta, de modo que o rito abreviado serviria à concretização de mandamentos constitucionais outros, como a razoável duração do processo e a eficiência administrativa (CASTRO, 2025, p. 139).

Outro ponto controverso diz respeito à vedação da análise de inconstitucionalidade no processo administrativo. O artigo 92, §3º, do PLP n.º 108/024 estabelece que é vedado às autoridades julgadoras, no âmbito do processo administrativo tributário, afastar a aplicação ou deixar de observar a legislação tributária sob o fundamento de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Do ponto de vista principiológico, essa vedação parece ferir o princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição da República de 1988 e no artigo 67 do próprio projeto de lei complementar, ao impedir que o julgador administrativo reconheça a nulidade de normas inconstitucionais ou ilegais. Assim como o Poder Judiciário, a Administração Pública está obrigada a observar a Constituição em toda a sua atuação, nos termos do parágrafo único, I, do artigo 2º, da Lei n.º 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (ROCHA, 2025, n.p.).

Para Gilliard Nobre Rocha, “essa restrição imposto pelo PLP n.º 108/2024 esvazia a função garantidora do processo administrativo tributário, transformando-o em mera instância homologatória dos interesses arrecadatários do Estado” (ROCHA, 2025, n.p.). Em última instância, a vedação da análise de inconstitucionalidade no processo administrativo relativo ao IBS impõe ao contribuinte a judicialização compulsória de suas pretensões, contrariando a lógica da celeridade e economicidade que deveria reger o contencioso administrativo, comprometendo a segurança jurídica, o acesso à justiça e, novamente, o devido processo legal.

13 “Ao prescrever que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF/1988, art. 5º, LV), a Constituição estaria orientando o legislador a assegurar o direito ao recurso como forma de concretização do contraditório e da ampla defesa. Além de ter o direito de se manifestar e de ver suas razões apreciadas pelo órgão julgador, assistiria ao sucumbente o direito de recorrer e de ver suas razões apreciadas por juízo de superior hierarquia ao prolator da decisão” (CASTRO, 2025, p. 140).

Observa-se ainda que não há dispositivo no PLP n.º 108/2024 que impeça a fiscalização cumulativa de um mesmo fato gerador por diversas unidades federativas. Igualmente não há disposição expressa que indique como serão solucionados internamente, no âmbito do Comitê Gestor do IBS, os conflitos de competência entre os Estados, Distrito Federal e Municípios. Embora a Emenda Constitucional n.º 132/2023 estabeleça a competência do Superior Tribunal de Justiça para dirimir conflitos de competência entre os entes federados e o Comitê Gestor, pelo texto constitucional, o contribuinte não tem legitimidade para acessar diretamente o Tribunal Superior. Nesse sentido, eventuais conflitos de competência terão origem no âmbito do contencioso administrativo e, caso o contribuinte busque ser proativo, poderá fazê-lo apenas no âmbito do Poder Judiciário, o que não se coaduna com a simplificação que almejou com a centralização do recolhimento do IBS (MENON; FIGLIOULO; NOVAIS; BRAGA; TORTORELLI, 2025, n.p.).

PROBLEMAS PROCESSUAIS E OS DESAFIOS À SIMPLICIDADE, AO ACESSO À JUSTIÇA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

No âmbito do processo judicial, os desafios parecem ser igualmente significativos. Especificamente no caso do IBS um ponto de preocupação é a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário em ações que versem sobre a validade de obrigação tributária. Isso porque, nos termos do artigo 114, do Código de Processo Civil de 2015, o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes. É exatamente o que acontece com o referido tributo, cuja competência, como já mencionado, é compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios. Essa situação, além de incrementar a complexidade processual, poderá gerar nulidades em razão da não formação adequada do polo passivo, prolongando a duração de litígios tributários (ROCHA, 2025, n.p.).

Ao preservar as competências das administrações tributárias e das procuradorias dos entes federativos (nos termos do artigo 156-B, V, da Constituição da República de 1988), a Emenda Constitucional n.º 132/2023 deu margem para que cada fato gerador resulte em direito a três créditos tributários – um por esfera federativa (União, Estado e Município). A legislação infraconstitucional e as propostas de lei complementar pouco avançam no sentido de unificar as atividades de cobrança, sendo provável que o mesmo fato gerador dê lugar a três cobranças distintas. Do lado das ações antiexacionais, a multiplicação das ações também parece ser uma realidade, pois cada impugnação de tributação precisará ser direcionada contra União, Estado e Município. Não por menos, o recente relatório “Impactos da Reforma Tributária no Poder Judiciário”, elaborado por Grupo de Trabalho do Superior Tribunal de Justiça, indica que “os novos

tributos têm o potencial de, ao menos, triplicar o contencioso tributário sobre a tributação do consumo” (BRASIL, 2025, p. 03).

No caso do IBS, a previsão da tributação no destino também parece ser um fator que multiplicará as ações judiciais à medida em que aumenta potencialmente as relações entre os fiscos e os contribuintes. Por exemplo: um fornecedor que faça negócios com clientes em todo o território nacional pagará tributos no Distrito Federal e em todos os Estados e Municípios. Assim, além da fragmentação e multiplicação das execuções fiscais, há também o problema da multidão de sujeitos passivos nas ações de iniciativa dos contribuintes (BRASIL, 2025, p. 04).

Pensando nesses problemas, o relatório do Superior Tribunal de Justiça menciona que uma das soluções possíveis seria a concentração de causas envolvendo o IBS e CBS em juízos únicos. De fato, essa seria a solução que menos incrementaria o número de processos novos. No entanto, ela apresenta desafios significativos, especialmente no tocante à definição da estrutura competente¹⁴, trazendo diversas dificuldades operacionais, como por exemplo: (i) diferença na velocidade de apuração de cada um dos tributos; (ii) diferença de interpretação da legislação e das provas diante da preservação da autonomia das autoridades administrativas; (iii) autonomia das representações judiciais e necessidade de articulação entre os representantes das diversas esferas fazendárias; (iv) possibilidade de extinção de um dos créditos (BRASIL, 2025, p. 19).

CONCLUSÃO

Embora prometa simplificar o sistema de arrecadação, a reforma tributária apresenta desafios significativos para o contencioso tributário no Brasil. A fragmentação da gestão tributária, a necessidade de litisconsórcio em ações judiciais e a vedação de análise de inconstitucionalidade em processos administrativos, por exemplo, são pontos que podem gerar maior complexidade e insegurança jurídica, indo de encontro à simplicidade originalmente almejada e perseguida. A multiplicação de litígios, tanto administrativos quanto judiciais, é uma preocupação real, com projeções indicando um aumento substancial no número de processos (BRASIL, 2025, p. 03). Para mitigar esses impactos, é fundamental que as propostas legislativas em discussão avancem no sentido de criar mecanismos eficazes de resolução de conflitos.

14 Nesse sentido, o Grupo de Trabalho do Superior Tribunal de Justiça cogitou três hipóteses: a criação de um Tribunal Federal com composição mista (magistrados federais e estaduais), a criação de colegiados virtuais com composição mista (magistrados federais e estaduais) e a definição da competência na Justiça Federal. Todas as sugestões, contudo, apresentam problemas de estruturação: (i) criação de um novo tribunal com magistrados de diferentes origens representaria um desafio administrativo, pois depende da adoção de marco legislativo e da mobilização de recursos humanos, materiais e orçamentários; (ii) o colegiado virtual com composição mista aumentaria os custos de decisão, estando além dos limites da cooperação judiciária estabelecidos pela Resolução CNJ n.º 350/2020; (iii) já a especialização da Justiça Federal para processar e julgar as causas relativas não apenas à CBS, contribuição federal, mas também ao IBS, imposto estadual e municipal com o mesmo regime jurídico representa um potencial problema de financiamento (BRASIL, 2025, p. 21-24).

Assim, a implementação da reforma tributária exige, além da mudança constitucional, a construção cuidadosa de um arcabouço infraconstitucional que garanta coerência, equilíbrio e efetividade ao novo sistema. Nesse cenário, o Projeto de Lei Complementar n.º 108/2024, que regulamenta o processo administrativo tributário do IBS e da CBS e o Comitê Gestor do IBS, assume papel central. Sua redação atual, no entanto, levanta preocupações relevantes quanto à efetividade dos mecanismos de resolução de conflitos entre entes federativos, ao equilíbrio entre Fisco e contribuinte e à proteção de princípios, como o do acesso à justiça e devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ABREU, Murilo Silva de. Como será o contencioso administrativo do IBS/CBS? Que tipo de contencioso queremos ter, após a reforma tributária do consumo? Uma análise a partir dos projetos de lei complementar que pretendem regulamentá-lo. **Revista Amagis Jurídica – Associação de Magistrados Mineiros**, v. 16, n. 02, Belo Horizonte, maio-ago/2024.

AZEVEDO, Thaciano Rodrigues de. O contencioso administrativo tributário do imposto sobre bens e serviços – IBS. **Revista da Procuradoria Geral do Município de João Pessoa**, v. 9, João Pessoa, Brasil, , 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União: seção 1**, Brasília, Distrito Federal, 5 de out. 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 de julho de 2025.

BRASIL. Lei Complementar n.º 214, de 16 de janeiro de 2025. Institui o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), a Contribuição Social sobre Bens e Serviços (CBS) e o Imposto Seletivo (IS); cria o Comitê Gestor do IBS e altera a legislação tributária. **Diário Oficial da União: Seção 1 – Edição Extra**, Brasília, Distrito Federal, 16 jan. 2025. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp214.htm. Acesso em 01 de julho de 2025.

BRASIL. Projeto de Lei Complementar n.º 108, de 5 de junho de 2024. Institui o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços (CG-IBS); dispõe sobre o processo administrativo tributário relativo ao lançamento de ofício do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), sobre a distribuição do produto da arrecadação do IBS aos entes federativos e sobre o Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD); altera normas tributárias. **Congresso Nacional**, Câmara dos Deputados e Senado Federal. Apresentado em 5 jun. 2024. Em tramitação.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Aprovado o relatório do grupo de trabalho sobre os impactos processuais da reforma tributária pela 1ª Seção. Brasília, 24 de abril de 2025. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltsp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2025/24042025-Aprovado-o-relatorio-do-grupo-de-trabalho-sobre-os-impactos-processuais-da-reforma-tributaria-pela-1a-secao.aspx>. Acesso 01 de julho de 2025.

CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. Limitação de acesso à segunda instância no processo administrativo tributário: análise de constitucionalidade do PLP n. 108/2024. **Revista de Direito Tributário Atual**, v. 59, ano 43, p. 138-154. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2025.

GARCIA, Ana Carolina Ali; ABOUD, Alexandre. Reflexões sobre o contencioso judicial do IBS e da CBS. **Revista de Direito Tributário da APET**, n. 51, São Paulo, out. 2024/ mar. 2025. Disponível em <https://revistas.apet.org.br/index.php/rdta/article/view/713>. Acesso em 02 de julho de 2025.

GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André. Vetores do sistema tributário nacional após a EC n. 132. **Revista Direito Tributário Atual**, v. 56, ano 42, p. 752-780. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2024.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques; EVANGELISTA, Marina Mendes. A reforma tributária e os impactos processuais no Superior Tribunal de Justiça. In NOLASCO, Rita Dias (et al). **Reforma tributária e jurisdição constitucional** – o futuro da tributação no Brasil. Londrina: Thoth, 2025.

MENON. André; FIGLIOULO, Fernanda Sá Freire; NOVAIS, Raquel; BRAGA, Mércia; TORTORELLI, Victória. Contencioso tributário na reforma tributária: reflexões e propostas ao PLP 108/24 para assegurar isonomia e segurança jurídica. **Portal da Reforma Tributária**, 04 de junho de 2025. Disponível em <https://www.reformatributaria.com/contencioso-tributario-na-reforma-tributaria-reflexoes-e-propostas-ao-plp-108-24-para-assegurar-isonomia-e-seguranca-juridica/>. Acesso em 04 de julho de 2025.

OLIVEIRA, Júlio M. de Oliveira; MELO, Eduardo Amirabile de. Desafios da reforma para o contencioso tributário. **JOTA**, 01 de maio de 2025. Disponível em <https://www.jota.info/opinioe-analise/artigos/desafios-da-reforma-para-o-contencioso-tributario>. Acesso em 02 de julho de 2025.

ROCHA, Gilliard Nobre. Reforma tributária: entre a simplicidade arrecadatória e a complexidade do contencioso fiscal. **Consultor jurídico**, 21 de junho de 2025. Disponível em Reforma tributária simplifica arrecadação e complica o contencioso. Acesso em 04 de julho de 2025.

O CONTROLE JUDICIAL SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DAS QUESTÕES ENFRENTADAS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENTRE SETEMBRO E OUTUBRO DE 2024

Paola Cristina de Moura SALES¹

RESUMO

No presente artigo busca-se analisar em que termos é realizado o controle judicial pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria de Acordo de Não Persecução Penal a partir da análise das decisões publicadas no intervalo de um mês, a partir do dia 15 de setembro de 2024 a 15 de outubro de 2024. A partir do método de análise das decisões, foi possível identificar os aspectos que, suscitados principalmente pela defesa técnica foram levados em consideração para o controle da validade do acordo e quais os fundamentos utilizados nesse exame pela Corte. Identificados os aspectos, a pesquisa contribui para reconhecer os problemas recorrentes em torno da utilização do ANPP no país, que indicam as questões prioritárias a serem discutidas no contexto acadêmico, na doutrina e na jurisprudência para os próximos passos no estudo e na prática dos acordos negociais na justiça criminal, oferecendo *insights* para o aprimoramento do controle judicial e da pesquisa na área, a fim de minimizar os prejuízos da utilização irrefletida desse mecanismo negocial.

PALAVRA-CHAVE: Controle judicial. Acordo de não persecução Penal. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This article examines how the Superior Court of Justice exercises judicial oversight over Non-Prosecution Agreements (ANPP) by analyzing decisions issued between September 15 and October 15, 2024. Through a systematic review of these rulings, the study identifies the key issues—often raised by defense counsel—that guided the Court’s assessment of the agreements’ validity and the legal reasoning underpinning its decisions. The findings shed light on recurring challenges in the use of ANPPs in Brazil, outlining priority topics for academic debate, legal scholarship, and jurisprudence. By mapping these issues, the study contributes to improving judicial oversight and advancing research on negotiated agreements in criminal justice, aiming to reduce the risks associated with their uncritical application.

KEY-WORDS: Judicial Control. Non-Prosecution Agreements. Superior Court of Justice.

1. INTRODUÇÃO

Quando se fala de controle judicial em matéria de acordos penais geralmente se recorda da fase homologatória, quando o juiz deve verificar os requisitos de validade do acordo. Nesse momento, abre-se espaço para a análise de legalidade, voluntariedade, imputação, condições de procedibilidade e punibilidade, regularidade e razoabilidade e base fático-probatória ².

Partindo do pressuposto de que os acordos penais devem ser utilizados nos casos fortes,

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), mestranda em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

2 VASCONCELLOS, Vinicius G. Acordo de não persecução penal. São Paulo: RT, 2022, p.230

nos quais há prova suficiente da autoria e materialidade delitiva, corroborada à confissão verdadeira do acusado, e não para os casos fracos, onde a dúvida sobre esses aspectos é patente, é necessário que o julgador realize algum controle sobre a base fática³. Esse elemento se relaciona diretamente com a justa causa, entendido como o pressuposto mais importante na busca por legitimidade ao sistema negocial no contexto brasileiro⁴.

Para a homologação do acordo, é necessário base fática capaz de indicar a correspondência entre os fatos indicados e o crime confessado a fim de o instituto esteja adequado, ainda que minimamente, aos fundamentos de um processo penal democrático⁵. Dessa forma, o esperado é que não sejam homologados acordos entre o órgão acusatório e réus inocentes, os quais não deveriam suportar nenhuma sanção⁶ por delito que não cometeram. Por isso, o exame da justa causa é ponto central para o controle judicial⁷.

Nesse ponto, destaca-se a confissão, formal e circunstanciada, como um meio que também permite o controle fático⁸. Contudo, não basta que o investigado tenha confessado e manifestado a vontade de celebrar o acordo, é necessário que essa confissão tenha sido realizada de maneira adequada, livre de métodos coercitivos ilícitos, e que o consentimento tenha sido precedido de informação⁹. Em um mundo ideal, portanto, deveria o juiz analisar se o investigado foi coagido – física ou psicologicamente – de maneira ilícita e se a ele foi garantida informação sobre, por exemplo, as consequências da celebração do acordo. Mas quais são os meios à disposição do julgador e a viabilidade para a realização desse controle, para a identificação desses elementos? Na prática, apenas se provocado pela arguição da defesa é que os julgadores teriam alguma condição de analisar esses pontos.

Na vida real, a inexistência de padrão para a realização do controle sobre a base fática e os problemas relacionados a possibilidade do juiz buscar provas, no contexto negocial, fazem com que a análise da correspondência entre fatos narrados, confessados e a realidade seja uma tarefa difícil para os juízes¹⁰.

Além disso, na hipótese de questionamento da decisão de homologação, encontrará o magistrado da instância seguinte o óbice da impossibilidade de revolvimento do contexto fático-

3 VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 101.

4 Idem.

5 VASCONCELLOS, Vinicius G. Acordo de não persecução penal. São Paulo: RT, 2022, p. 229.

6 Ainda que se reconheça que as sanções passíveis de serem objeto do acordo são mais brandas do que o risco da prisão, elas continuam possuindo o caráter de sanção penal.

7 VASCONCELLOS, Vinicius G. Acordo de não persecução penal. São Paulo: RT, 2022, p. 103

8 “o fato de se exigir confissão formal e circunstanciada tende a permitir a aferição judicial de sua consistência e verossimilhança na narrativa daquele que se declara culpado”, como cita Vinicius (Vasconcellos, 2022, p. 105).

9 VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 89.

10 VASCONCELLOS, Vinicius G. Acordo de não persecução penal. São Paulo: RT, 2022.

probatório para infirmar o entendimento do juízo singular.

Diversos outros aspectos - que são relevantes em matéria de acordo - poderiam ser citados, sobretudo quando se deseja verificar a voluntariedade, legalidade, adequação, suficiência, como a verificação da presença de defesa técnica efetiva, de cláusulas pecuniárias abusivas e da eventual reprodução de preconceitos sistemáticos.

Partindo dessa ideia, seria pertinente pesquisar a atuação dos juízes de primeiro grau, uma vez que são esses que, em regra, realizam essa função. No entanto, em alguns casos, a análise sobre esses elementos é realizada não somente pelo juiz singular, mas também por instâncias superiores em caso de insurgência e provocação do investigado.

Mais ainda, essa análise também pode ser realizada na hipótese de acordos não homologados e acordos não oferecidos¹¹. Nessas situações, surgem questões como a insuficiência da fundamentação para o não oferecimento do acordo e o excesso de acusação, que quando postos para o enfrentamento dos juízes, se tornam objeto de controle judicial.

Na experiência brasileira, com o surgimento relativamente recente do ANPP, os magistrados também são provocados a se manifestarem sobre a natureza do instituto e os parâmetros para a retroatividade.

A pesquisa sobre o controle propriamente dito, exercido na fase homologatória, encontra uma limitação importante no Brasil. Apesar de haverem processos públicos, que não estão protegidos pelo segredo de justiça, ainda não é possível obter dados organizados pela pesquisa por assunto no PJe, onde se encontram os autos da primeira instância de um Tribunal. Assim, para acessar as decisões homologatórias, seria necessário conhecer o nome das partes ou números dos processos em que discutida a proposta de acordo, informação que só poderia ser alcançada, com confiabilidade da amostra garantida, através de requerimento fundamentado na Lei de Acesso à Informação, esforço que não é compatível com a limitação temporal para a submissão deste artigo, mas que pode ser objeto de pesquisa futura.

Observada essa limitação, surgiu o interesse de realizar a pesquisa tendo como amostra as decisões do Superior Tribunal de Justiça pela pertinência funcional do órgão e pela relevância decisória que exerce. Apesar de não ser competente originariamente para homologar acordos, é competente para uniformizar a interpretação da lei federal no país, possuindo jurisdição nacional, influenciando as decisões de todos os tribunais de justiça estaduais. Esses que, ao fim e ao cabo, estão mais próximos do momento do (não) oferecimento e homologação e que realizam frequentemente análise sobre eles.

11 Há doutrinadores que defendem que eventual recusa do acordo enseja maior rigor na motivação - que deve ser devidamente exposta - e no controle. No entanto, sustenta-se também que tanto na recusa quanto na homologação o rigor na motivação deve ser suficiente para possibilitar um controle efetivo (Vinicius Vasconcellos, ANPP, p. 225).

O controle judicial é etapa relevante para a identificação dos requisitos do acordo, mas sobretudo, de eventual hipótese de abusos. Entretanto, os abusos que se pretende evitar, não são identificados somente no teor das condições de um acordo já celebrado, mas também no procedimento que antecedeu a celebração. Esse momento anterior é passível de controle judicial, que não se limita à fase homologatória – protagonizada pelo juiz de primeiro grau –, e nem se realiza somente na hipótese de celebração do acordo, mas também na hipótese do não oferecimento, como já mencionado.

Ademais, apesar da lei que instituiu o ANPP ter entrado em vigor no ano de 2018, há ainda lacunas a serem superadas pelo Judiciário para a sua aplicação, como a do marco para a retroatividade do benefício, o que acontece principalmente através das decisões proferidas pelas instâncias superiores.

Diante disso, busca-se descobrir em que termos é realizado o controle judicial pelo Superior Tribunal de Justiça, isto é, quais são os principais aspectos analisados para a verificação de voluntariedade e legalidade, adequação e suficiência, do acordo pela Corte, a partir da identificação dos principais problemas enfrentados – que correspondem às teses suscitadas pelas partes do negócio –, e os principais argumentos utilizados por ela nessa análise.

A pesquisa contribui para identificar quais aspectos, na prática brasileira, são submetidos ao controle pelo Superior Tribunal de Justiça, para o resguardo dos fundamentos de um processo penal democrático. A partir dessa identificação, se reconhece os problemas recorrentes em torno da utilização do ANPP no país, que podem ser os mesmos ou diversos da experiência estrangeira, que indicam as questões prioritárias a serem discutidas no contexto acadêmico, na doutrina e na jurisprudência para os próximos passos no estudo e na prática dos acordos negociais na justiça criminal, oferecendo *insights* para o aprimoramento do controle judicial e da pesquisa na área, a fim de minimizar os prejuízos da utilização irrefletida do ANPP.

1.1 Metodologia

Para tornar essa pesquisa - de pretensão introdutória – viável, optou-se por delimitar o período de 1 mês, compreendendo o intervalo entre os dias 15 de setembro e 15 de outubro.

A seguinte fórmula foi utilizada como critério de pesquisa da jurisprudência:

((@DTPB >= “20240915” E @DTPB <= “20241015”) E ((“HOMOLOGADO” OU “HOMOLOGAÇÃO” OU “HOMOLOGATÓRIO”) E (“ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL” OU ANPP)))

Nessa oportunidade, foram encontradas 29 decisões monocráticas e 2 acórdãos

Foram excluídas da análise as decisões sobre conflito de competência¹² e outras 12 (onze) decisões que, embora contivessem os termos pesquisados, não discutiram o ANPP diretamente ou ele não era o objeto central da decisão¹³.

Assim, a amostra relevante para os fins desta pesquisa compreendeu 15 decisões, que foram analisadas pelo método de análise de decisões¹⁴.

Esse método foi escolhido, porque permite organizar múltiplas informações sobre as decisões. Através dele é possível verificar a coerência decisória no contexto previamente delimitado e *produzir uma explicação do sentido das decisões* a partir da interpretação sobre os *argumentos produzidos*¹⁵.

Após a seleção da amostra, foram identificadas as informações necessárias e relevantes para o tratamento dos dados e inseridas na Tabela¹⁶ anexada ao final. Foi realizada uma leitura seletiva das decisões a fim de identificar principalmente o pleito defensivo, a resposta do tribunal de origem, a resposta do Superior Tribunal de Justiça – que consiste no objeto específico da pesquisa – e a conclusão da Corte Superior. Em alguns casos, por ser o relatório da decisão lida mais sucinto e insuficiente para identificar o pleito defensivo e a resposta do tribunal de origem, foi necessário acessar a íntegra dos autos na plataforma de consulta processual do Superior Tribunal de Justiça, mediante certificado digital.

Após esse momento, foram descritas as inferências que poderiam ser realizadas a partir dos dados coletados e foi realizada a reflexão crítica sobre as práticas decisórias a fim de que a problema principal da pesquisa fosse efetivamente enfrentado, qual seja, analisar em que termos –

12 CC 207508, CC 207923 e CC 208381

13 HC 917348 - O termo ANPP está presente porque dentro de uma jurisprudência citada. Não é o objeto principal do *writ*. HC 910822 - O termo ANPP está presente porque dentro de uma jurisprudência citada. Não é o objeto principal do *writ*. Há dúvida sobre a autoria do delito; reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitorial que não respeitou os preceitos do art. 226 do CPP, imperiosa absolvição do paciente. RHC 183702, RHC 174432, HC 833157, HC 824127, HC 819289 - Perda do objeto porque homologado o acordo. AREsp 2699753- ANPP não era objeto central, citado apenas para identificar se houve suspensão do prazo prescricional. HC 946216 - ANPP não era o objeto central da decisão, citado apenas porque ao serem analisados os antecedentes do réu identificou-se que ele cumpria ANPP em relação a outro crime. HC 932748 - ANPP não era o objeto central da decisão, citado porque o réu havia sido beneficiado anteriormente e o descumpriu. Na presente oportunidade discutia-se o descumprimento de medidas cautelares impostas como condição da liberdade provisória após o recebimento da denúncia. RHC 203318- Caso em que o acordo fora homologado e rescindido por reiterado descumprimento das cláusulas, por não ter sido o réu localizado. Após recebida a denúncia, ainda não localizado o réu, suspendeu-se o processo e o prazo prescricional, bem como decretada a prisão preventiva. A prisão foi substituída por medidas cautelares diversas, mas que também foram descumpridas, ensejando novamente a prisão. Nessa oportunidade, a defesa pleiteava a revogação da prisão ou a substituição por cautelares diversas em razão da ausência de fundamentação idônea para a medida mais grave. HC 950650 – Indeferido liminarmente porque o HC foi impetrado concomitantemente a recurso próprio

14 FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. *UNIJUS*, v. 2, 2020. DOI: <https://doi.org/10.5102/unijus.v2i0.1206>.

15 Idem.

16 Os dados inseridos na tabela foram a classe e o número processual, o Tribunal a quo, se o crime cometido foi antes ou depois da vigência da lei que instituiu o acordo, o ministro relator, os fundamentos do pleito defensivo, os fundamentos do Tribunal a quo, os fundamentos da decisão do STJ e a conclusão do julgamento pelo STJ.

fundamentos - é realizado o controle judicial pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria de Acordo de Não Persecução Penal.

2. O CONTROLE JUDICIAL SOBRE A UTILIZAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

2.1 O Papel do Juiz na Celebração do Acordo de Não Persecução Penal

Entender o ANPP como um negócio jurídico celebrado exclusivamente entre o investigado e o órgão acusatório acaba induzindo o magistrado a uma atuação passiva, o que é observado com maior clareza em países de sistema jurídico adversarial¹⁷.

Jenia Turner, em pesquisa sobre a atuação judicial nos acordos penais realizados nos Estados Unidos, observou que a verificação realizada por eles é, em geral, passiva¹⁸. A prática comum é que os juízes analisem a *guilty plea* somente após a celebração do acordo entre as partes. Turner demonstra, ainda, que há poucas ferramentas disponíveis aos juízes, na jurisdição americana, para remediar as imprecisões e injustiças nas disposições dos acordos¹⁹.

Turner, nessa oportunidade, também analisou o controle judicial no contexto alemão, ao qual se assemelha ao sistema jurídico brasileiro, sobretudo em razão da tradição jurídica predominante.

De fato, no país, é possível sustentar que o controle judicial sobre os acordos deve incidir sobre

o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do ANPP no caso concreto [...] verificação, em audiência com essa finalidade, da decisão do imputado em aceitar o acordo e sua devida informação quanto aos seus aspectos fundamentais e sua situação diante da persecução penal [...] a plausibilidade e coerência dos fatos narrados, lastro probatório suficiente e compatibilidade com a confissão [...] correlação entre fatos e o tipo penal, não ocorrência de exclusões, inexistência de causa de extinção da punibilidade e atendimento às condições de probabilidade e regularidade e razoabilidade das cláusulas pactuadas entre as partes.²⁰

Seriam essas as funções que comporiam o papel do juiz na celebração dos acordos penais no Brasil a ser exercido, principalmente, na fase homologatória. A diversidade dessas tarefas pode sugerir uma participação mais ativa dos juízes no Brasil quando comparados à experiência norte americana, figura do modelo adversarial.

2.2 O Controle Judicial Como Forma de Coibir Abusos de Poder e Violação aos Direitos

17 TURNER, Jenia I. Judicial Participation in plea negotiations: a comparative view. *American Journal of Comparative Law*, v. 54, 2006.

18 Idem, p. 504.

19 Idem, p. 509.

20 VASCONCELLOS, Vinicius G. Acordo de não persecução penal. São Paulo: RT, 2022, p. 228.

Fundamentais dos Investigados

Ao analisar o modelo alemão de controle judicial sobre os acordos penais, Turner verificou que a participação ativa, propiciada pela herança de um sistema inquisitorial oferece às partes maior certeza sobre os resultados da negociação do que no sistema em que o controle do juiz ocorre passivamente e após a celebração, como no caso dos Estados Unidos.

Conforme defende Vasconcellos, o julgador, “como garantidor dos direitos fundamentais em sua função de limitação do poder punitivo estatal, não pode admitir e legitimar a imposição de sanções abusivas, ilegais ou desproporcionais, mesmo que consentidas pelo imputado”²¹.

Assim, ainda que se entenda sensível o controle sobre as cláusulas e condições do acordo, o julgador não deve ser alheio a esses elementos quando realizar o controle, justamente por possuir a competência de limitar o poder punitivo e garantir direitos fundamentais, que superam a vontade das partes presente no contexto negocial, sobretudo porque perene a hipossuficiência da parte investigada em relação ao órgão acusatório.

Inclusive no âmbito do direito do consumidor, o pressuposto de que “os acordos devem ser respeitados” não é absoluto, beneficiando-se a proteção dos consumidores – hipossuficientes – contra práticas abusivas, ainda que tenham sido compactuadas em contrato.

Se é necessário que se controlem práticas abusivas quando há objetos menos relevantes que a liberdade envolvidos, tanto mais é importante que haja controle judicial efetivo, contra cláusulas abusivas, no contexto dos acordos penais.

Os estudos relacionados à prática da justiça criminal negocial, principalmente, nos Estados Unidos, revelam uma série de práticas coercitivas ilegais – abusivas - longo da negociação e que poderiam ser controladas pela atuação do judiciário²².

Não se sugere que o juiz passe a fazer parte da negociação, mas que é fundamental que haja um controle efetivo, a ser realizado por um ente imparcial, mas compromissado com os direitos fundamentais e os pressupostos de um processo penal – ainda que negocial – democrático.

2.3 Os Limites do Controle Judicial Sobre os Acordos

Como mencionado anteriormente, a ausência de um padrão *do grau de conformidade entre a declaração e os fatos ocorridos*, a ser verificado pelo julgador, bem como *do método para a obtenção de elementos probatórios para essa análise* e *do nível de exigência de certeza da ocorrência dos fatos* representam as dificuldades enfrentadas pelos juízes no controle da **base**

21 VASCONCELLOS, Vinicius G. Acordo de não persecução penal. São Paulo: RT, 2022, p. 230

22 ALKON, Cynthia. Hard Bargaining in Plea Bargaining: When Do Prosecutors Cross the Line. *Nevada Law Journal*, vol. 17, n. 2, p. 401-428, 2017.

fática²³.

Ademais, no que diz respeito à **confissão**, quando há negociação, a tendência é que os juízes aceitem confissões rápidas, nas quais o réu admite simplesmente que as acusações apresentadas pela promotoria estão corretas, em benefício da eficiência e rapidez do procedimento²⁴. Confissões simples, não circunstanciadas e em termo, embora sejam possíveis para a celebração do acordo, acabam não oferecendo elementos para o controle²⁵.

Além das limitações reais, existem aquelas de caráter discursivo, presentes em enunciados formulados principalmente pelo Conselho dos órgãos acusatórios, os quais, apesar de não vincularem os juízes, apresentam orientações que podem influenciar a tomada de decisão dos magistrados. Afinal, o processo decisório é influenciado por elementos jurídicos e extrajurídicos²⁶.

Há também a doutrina majoritária, que sustenta não ser passível de controle judicial a **oportunidade e conveniência** sobre a realização do acordo, o conteúdo das cláusulas – dentro da legalidade- e a forma de redação e configuração dele²⁷.

Em resumo, é possível identificar limites de natureza real e de natureza discursiva para o exercício do controle judicial. De um modo ou de outro, eles não paralisam por completo a atuação dos magistrados, que são constantemente provocados a se manifestar principalmente através dos recursos.

3. ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS: O CONTROLE JUDICIAL EXERCIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE OS ACORDOS

3.1 Resultados. O Que Revelam?

Em relação aos fundamentos dos pleitos defensivos foram identificados: i) ausência de justa causa; ii) excesso de acusação; iii) confissão, iv) ausência de fundamentação idônea para (não) oferecimento do acordo; v) ausência de intimação da defesa a respeito da rescisão do acordo; vi) a prática de vias de fato – contravenção penal – não obsta o oferecimento do acordo; vii) injúria racial não obsta acordo; viii) possibilidade de retroatividade do acordo até o trânsito em julgado; ix) assistente de acusação é parte legítima para impugnar homologação de acordo; x) ausência de qualquer reparação do prejuízo à vítima obsta a homologação do acordo.

23 VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 91

24 TURNER, Jenia I. Judicial Participation in plea negotiations: a comparative view. *American Journal of Comparative Law*, v. 54, 2006, p. 528

25 VASCONCELLOS, Vinicius G. Acordo de não persecução penal. São Paulo: RT, 2022, p. 228.

26 Barroso, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis* 9.4 (2018): 2171-2228

27 VASCONCELLOS, Vinicius G. Acordo de não persecução penal. São Paulo: RT, 2022, p. 228.

Os temas que mais aparecem nos pleitos defensivos versam sobre justa causa, excesso de acusação e o quesito da confissão. Em primeiro lugar está o argumento de ausência de justa causa – aproximadamente 33 % (trinta e três por cento) das petições continham o argumento -, apontada ora em razão da ausência de comprovação da materialidade do delito ora pela atipicidade da conduta ora porque aplicável o princípio da insignificância, ensejando atipicidade. Essa constatação comprova a hipótese de que a justa causa é elemento central para a validade dos acordos penais. Além disso, a análise sobre a base fática para a celebração do acordo também possui papel fundamental, apesar dos desafios para que o julgador realize o controle sobre esse aspecto, sem usurpar a incumbência de cada parte. A prevalência desse exame revela a necessidade de formulação de um standard mínimo para a identificação da base fática.

Diante disso, em um dos casos, a resposta dada pela Corte Superior foi não realizar o revolvimento aprofundado dos fatos e das provas, mas assegurar a possibilidade de oferecimento do acordo ainda que o processo esteja em fase recursal, excesso se transitado em julgado, devendo o Ministério Público se manifestar de maneira **motivada**, sobretudo porque o crime ocorrera antes da vigência da lei. Na hipótese da retroatividade, assegura-se também que a confissão pode ser realizada no momento da assinatura do acordo²⁸.

Em outro caso, o pleito foi indeferido liminarmente, sob a justificativa de ser indevida a incursão no material probatório.

Por outro lado, quando a razão para o reconhecimento da justa causa foi a atipicidade da conduta por incidência do princípio da insignificância, o STJ reconheceu a ilegalidade flagrante, concedendo a ordem para trancar a ação penal. Em ambos os casos a insignificância era clara, o valor da coisa abaixo de 10% do salário mínimo, bem como houve a restituição do bem.

No caso derradeiro, em que a parte buscava a anulação do acordo e o trancamento da ação penal, o julgador, **realizando algum revolvimento do contexto fático, confirmou a presença de justa causa**. Ademais, consignou que o pleito de anulação, no caso, revelava ofensa ao princípio da **boa-fé objetiva**, recordando-se a **proibição do comportamento contraditório da parte e os objetivos da justiça penal negocial**²⁹.

Em segundo lugar, fica o excesso de acusação, suscitado sempre em que houve denúncia sobre o incurso no art. 33, *caput*, e condenação como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ou seja, quando reconhecida a hipótese de tráfico privilegiado.

Nesses casos, na maior parte das decisões, a Corte se posicionou em combate ao excesso de acusação. Reconheceu o dever de ser dada a oportunidade ao agente confessar, formal e

28 HC n. 951.279, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 15/10/2024.

29 AgRg no RHC n. 196.094/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/9/2024, DJe de 18/9/2024.

circunstancialmente, a prática do delito para que a celebração do acordo seja possível, assegurando a possibilidade do acordo e sustentando que o excesso de acusação não deve prejudicar nenhum acusado, se presentes os demais requisitos.

O terceiro tema mais discutido foi o quesito da confissão. Nesse ponto, as defesas argumentaram i) que a ausência de confissão formal não justifica a recusa do oferecimento do acordo, além disso, é necessário que a confissão seja colhida em audiência especial para que seja possível verificar a voluntariedade do acordo; ii) que a confissão não precisa ser feita da fase investigativa, mas a qualquer tempo.

Em um dos casos, a assistente de acusação argumentou que a confissão realizada não foi circunstanciada, o que impediria a homologação, ensejando a impugnação.

Quanto à confissão, a Corte revela certa flexibilidade ao adimplemento desse requisito. Não houve defesa, como existe na doutrina, de uma confissão a ser colhida em audiência especial e tampouco atenção à sua forma, se circunstancial ou circunstanciada. Em outras palavras, apesar de essencial a confissão, ela pode ser formalizada no momento da assinatura do acordo, não sendo importante que tenha sido colhida na fase investigativa para o STJ.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dessa pesquisa – de pretensão introdutória – foi possível identificar três temas recorrentes no controle judicial realizado pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria de acordo, a ausência de justa causa, o excesso de acusação e o quesito da confissão.

Tais temas confirmam as teses que sustentam a centralidade da justa causa para a celebração dos acordos e a necessidade de que se realize algum controle – apesar dos limites da competência do julgador – da base fática.

Nesse ponto, a pesquisa aponta a necessidade de discussão para o estabelecimento de padrões que favoreçam esse controle ante a evidente necessidade, a fim de não sejam transplantados também os erros observados pela utilização massiva dos acordos penais em outros sistemas jurídicos, como a submissão de investigados a métodos coercitivos ilegais e de inocentes a celebração de acordos aparentemente favoráveis.

Diante disso, parece ser adequada, também na experiência brasileira, a conclusão a que chegou Jenia Turner, de que uma maior participação judicial no controle dos acordos tem o potencial de reduzir os riscos da negociação de sentenças³⁰.

30 TURNER, Jenia I. Judicial Participation in plea negotiations: a comparative view. *American Journal of Comparative Law*, v. 54, 2006.

Entretanto, apesar de necessário o controle, há o risco de que eventual não homologação possa “acarretar maior prejuízo ao próprio imputado”. Isso porque, por exemplo, no caso de ausente justa causa, mas que não seja trancada a ação penal, até que se comprove inadequada qualquer sanção, um longo e custoso processo deve ser percorrido.

Podem haver, portanto, múltiplas razões que levam as pessoas a renunciarem algum direito em benefício de um acordo e essa reflexão não pode ser esquecida – e deve ser realizada futuramente – no grande tema do controle judicial, para que sejam identificadas também as suas consequências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALKON, Cynthia. Hard Bargaining in Plea Bargaining: When Do Prosecutors Cross the Line. *Nevada Law Journal*, v. 17, n. 2, p. 401-428, 2017.

AMBROSIO, Graziella. Aspectos psicológicos da colaboração premiada: contribuições de estudos norte-americanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 187, ano 30, p. 259-282, jan. 2022. <https://doi.org/10.54415/rbccrim.v187i187.60>

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. *UNIJUS*, v. 2, 2020. DOI: <https://doi.org/10.5102/unijus.v2i0.1206>

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, p. 1, 2004.

LANGER, Maximo. Plea Bargaining, Conviction without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions. *Annual Review of Criminology*, v. 4, n. 1, 2021.

SCHUNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luis (Org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TURNER, Jenia I. Judicial Participation in plea negotiations: a comparative view. *American Journal of Comparative Law*, v. 54, 2006. <https://doi.org/10.1093/ajcl/54.1.199>

VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Acordo de não persecução penal. São Paulo: RT, 2022.

O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA PREVISTO NA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI 12.850/13) À LUZ DO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO

Ana Júlia Oliveira MACHADO
Rodrigo Carlos FLORIANO FILHO

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a compatibilidade do instituto da colaboração premiada, previsto na Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/13), com o sistema penal acusatório, modelo adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro. A análise parte da compreensão da colaboração premiada como negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, destacando o seu papel no combate ao crime organizado. Com a edição do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), verificaram-se alterações substanciais no instituto, com o intuito de compatibilizá-lo com o modelo acusatório, notadamente no que diz respeito à voluntariedade do colaborador, o valor probatório da colaboração e a atuação do juiz. A par dessas alterações, apresenta-se os reflexos na garantia dos direitos fundamentais inerentes ao processo, tanto em favor do colaborador quanto dos réus delatados. Adotando o método dedutivo, com base em revisão bibliográfica e análise de artigos científicos sobre o tema, bem como entendimentos jurisprudenciais dos tribunais superiores, conclui-se que colaboração premiada se harmoniza com o sistema acusatório, desde que sua aplicação observe os rigores da legalidade e o respeito às garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada; sistema acusatório; Garantias fundamentais; lei 12.850/13; Pacote anticrime.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the compatibility of the plea bargaining mechanism, as provided in Brazil's Criminal Organizations Act (Law No. 12,850/13), with the adversarial criminal justice system adopted by the Brazilian Code of Criminal Procedure. The analysis begins by framing plea bargaining as a procedural legal agreement and a means of obtaining evidence, highlighting its role in combating organized crime. With the enactment of the Anti-Crime Package (Law No. 13,964/19), significant changes were introduced to the institute, aiming to align it with the adversarial model — particularly concerning the voluntariness of the collaborator, the evidentiary value of their statements, and the role of the judge. In light of these changes, this study examines the effects on fundamental procedural guarantees, both for cooperating defendants and for co-defendants who are subject to accusations. Using the deductive method, supported by bibliographic review and academic literature, the article concludes that plea bargaining can be harmonized with the adversarial system, provided its application complies strictly with legal requirements and respects fundamental rights.

KEY-WORDS: Plea bargaining; Adversarial System; Fundamental rights; Law 12.850/13; Anti-Crime Package.

INTRODUÇÃO

A consolidação do crime organizado no Brasil impôs aos órgãos responsáveis pela persecução penal relevantes desafios ao seu enfrentamento, uma vez que as organizações criminosas modernas apresentam-se cada vez mais estruturadas. Na perspectiva de buscar mecanismos para o

combate dessas organizações, a colaboração premiada destacou-se como ferramenta central, permitindo que o próprio réu, por meio de um negócio jurídico processual com o Estado - representado pelo Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia - contribua com a investigação, em troca de benefícios legais.

No entanto, embora a colaboração premiada tenha se consolidado como um dos principais meios de obtenção de prova no combate ao crime organizado, sua adoção a partir de uma lógica negocial entre o investigado e o Ministério Público (ou Delegado de Polícia), suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade com os princípios constitucionais e com o sistema penal acusatório, principalmente no que diz respeito à voluntariedade do colaborador e a imparcialidade judicial. A partir da edição da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), o instituto sofreu alterações substanciais, com vistas à maior aderência ao modelo acusatório, previsto no artigo 3º-A do Código de Processo Penal.

Nesse cenário, o presente estudo busca esclarecer as principais mudanças apresentadas pelo Pacote Anticrime em relação a colaboração premiada, notadamente aquelas alterações que dizem respeito ao valor probatório da colaboração, as garantias do réu colaborador e dos delatados, bem como a atuação do magistrado nas negociações, à luz do sistema acusatório. Nesse aspecto, o primeiro capítulo dedica-se a apresentar o instituto da colaboração premiada, suas origens e fundamentos no ordenamento jurídico brasileiro, abordando sua natureza jurídica, os requisitos de validade, a atuação do magistrado na homologação dos acordos e os prêmios legais previstos ao colaborador.

Em seguida, analisa-se de forma direta duas características centrais do sistema penal acusatório: a separação das funções de acusar, julgar e defender e a imparcialidade do magistrado. Busca-se demonstrar como o sistema acusatório buscou afastar o protagonismo do juiz na gestão da prova, especialmente com a criação da figura do Juiz das Garantias, a fim de garantir a imparcialidade do julgador na prolação da sentença. Por fim, discute-se como o princípio da verdade formal deve ser buscado sob a ótica do modelo acusatório, destacando que a prevalência dos direitos fundamentais deve ser latente frente a eventuais violações processuais e materiais.

Por fim, o último capítulo aborda diretamente a compatibilidade da colaboração premiada com o sistema penal acusatório, especialmente à luz das modificações promovidas pela Lei 13.964/19. Verifica-se que o legislador buscou instituir garantias mínimas ao colaborador, limitar a atividade jurisdicional sobre a prova e assegurar salvaguardas processuais aos delatados. Nota-se que a tentativa de harmonização do instituto com os ditames do sistema penal acusatório revela-se oportuna e necessária à proteção das liberdades individuais em um processo penal comprometido com os princípios constitucionais.

A metodologia adotada na pesquisa possui natureza jurídica-teórica, com utilização do método dedutivo e qualitativo, utilizando-se pesquisa bibliográfica e documental. Parte-se da análise dos princípios do sistema penal acusatório, previstos tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional, com enfoque na Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/13) e as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19). A partir disso, apoiado principalmente em artigos científicos que tratam sobre o tema, bem como a jurisprudência dos tribunais superiores, busca-se tecer uma análise crítica do instituto da colaboração premiada frente ao sistema acusatório.

1. FUNDAMENTOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A origem das organizações criminosas brasileiras é remontada, por parte dos doutrinadores, a partir do fim do século XIX com o surgimento do movimento do Cangaço (Silva, 2003). Neste sentido, Gomes e Cervini (1997) destacam que, a partir das décadas de 1970 e 1980, com o surgimento dos comandos carcerários no Rio de Janeiro, as organizações criminosas passaram a possuir um elevado nível de organização, planejamento, hierarquia e divisão de funções. Independentemente do início de fato dessas organizações, algumas características que, embora se amoldem às mudanças ocorridas no século XXI, se perpetuam até os dias atuais, e que inclusive serviram de alicerce para a definição de organização criminosa, apresentado a partir do artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13, a ver: associação de pessoas (no caso, a lei 12.850/13 exige a presença de quatro ou mais indivíduos, independentemente da idade); a prática de infrações penais (que por sua vez o diploma legislativo exige que o crimes sejam apenas com pena superior a quatro anos de reclusão); divisão de tarefas e; estrutura organizada. Sobre a roupagem das organizações criminosas do Século XXI, destaca-se o trecho de Melo (2022, p. 65):

As organizações criminosas do século XXI são formadas por uma criminalidade oculta, dissimulada e imperceptível, coberta pelo manto de uma aparente legalidade. Por essa nova concepção, também, a corrupção ganha novos contornos. Abandona a posição inicial, de atividade subsidiária, voltada para garantir a perpetuação da atividade criminosa principal da organização, e ganha vida própria, tornando-se o objetivo principal no mundo político, por meio de práticas de desvios e malversações dos recursos públicos, da confusão entre patrimônio público e privado.

Enfim, o conceito jurídico-penal contemporâneo é formado a partir da sistematização dos seguintes componentes: estruturas ordenadas; caráter racional de exploração dos mercados ilícitos; foco na obtenção de vantagem ilícita; e ampliação do campo de atuação, para além das fronteiras nacionais.

Essa nova configuração, como descrita pelo autor, impõe desafios diretos à persecução penal, de modo que os órgãos responsáveis encontram dificuldades além daquelas comumente enfrentadas na apuração de infrações comuns. Nesse particular, é salutar que as organizações

criminosas modernas possuem, como característica inerente, o silêncio entre os integrantes, implicando potencial dificuldade na obtenção de informações eficazes ao andamento das investigações dos órgãos responsáveis pela investigação.

É neste cenário de maior eficácia do combate ao crime organizado, merecendo destaque aqueles cometidos por políticos – os popularmente chamados de *crimes do colarinho branco* – que viviam o seu auge no cenário político brasileiro, com o escândalo do Mensalão e o início da Operação Lava Jato, que a Colaboração Premiada é inserida a partir da Lei de Organizações Criminosas, surgindo como uma resposta do Estado na tentativa de garantir a responsabilidade penal dos infratores. É certo que a legislação brasileira já previa alguns institutos que em muito se assemelham com a Colaboração Premiada prevista na Lei de Organizações Criminosas, cumprindo mencionar, nesse aspecto: o artigo 8º, parágrafo único da Lei dos Crimes Hediondos (L. 8.072/90), o artigo 6º da revogada Lei 9.034/95, os artigos 1º e 2º da Lei 9.080/95 e o artigo 41 da Lei de Drogas (L. 11.343/06), entre outros.

Todavia, apesar da existência desses diplomas esparsos, eles se mostravam fragmentados e insuficientes para oferecer a segurança jurídica e o detalhamento procedimental que uma ferramenta de tal calibre exigia. Além disso, destaca-se a configuração política e social que permeava à época, haja vista os escândalos de corrupção que apareciam à tona no país. Nesse ínterim, a Colaboração Premiada na Lei de Organizações Criminosas apresentou-se como uma resposta do Estado frente à impunibilidade notória de figuras políticas no país. Será destacado, posteriormente, como o instituto buscou proteger os direitos e garantias fundamentais do colaborador, regulando expressamente as disposições sobre a legitimidade da proposta, seu conteúdo e efeitos.

Em sua essência, o instituto da Colaboração Premiada consiste em um acordo celebrado entre o investigado (réu, ou até mesmo já condenado) e o Estado, neste ato representado pelo Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia – que teve sua legitimidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508 – onde há uma troca de benefícios mútuos, em que o réu, além de confessar a prática de um crime, fornece informações relevantes à persecução penal, renunciando o seu direito ao silêncio, em troca de benefícios previstos na Lei. Acerca do conceito, delimita Vasconcellos (2020, p. 64):

A colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva.

Compreendido o conceito, resta definir a natureza jurídica do instituto que, conforme leitura do artigo 3º-A da Lei de Organizações Criminosas define que o acordo é apresentado como negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse

públicos.

Nesse viés, o tema restou debatido pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 127.483/PR, onde o plenário definiu que:

[...] a colaboração premiada, por expressa determinação legal (art. 3º, I, da Lei nº 12.850/13), é um meio de obtenção de prova, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal).

[...]6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados. (Brasil, 2015, p. 03)

À vista de sua natureza jurídica híbrida, ou seja, de negócio jurídico processual e, ao mesmo tempo, meio de obtenção de prova, a legislação impõe um rigoroso controle sobre a sua celebração. Nesse sentido, as alterações promovidas pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), especialmente no artigo 4º, §7º da Lei 12.850/13 mostraram-se oportunas e em consonância com o sistema penal acusatório, o qual será analisado adiante. Isto porque, o diploma legal estabeleceu como requisitos de validade dos acordos de colaboração premiada, a serem analisados pelo juiz quando da homologação: a regularidade e a legalidade, a adequação dos benefícios pactuados com o previsto na lei, a adequação dos resultados obtidos, e a voluntariedade de manifestação da vontade do agente.

De acordo com André Luís Callegari, a voluntariedade do colaborador, isto é, sua livre manifestação de vontade de colaborar, é o requisito mais relevante para aferir a validade do acordo:

Desse entendimento já disseminado a respeito da natureza da colaboração premiada decorre a necessidade de coerência em relação a exigências já consagradas no âmbito, por exemplo, do Direito Civil. Uma delas é a atribuição de primordial importância à voluntariedade, considerada o mais relevante pressuposto da colaboração premiada. Quando se fala na necessidade de voluntariedade, de indispensabilidade de vontade livre do colaborador em celebrar o acordo, se está a dizer que, nas palavras de Andrey Borges de Mendonça, a colaboração deve ser tratada como um meio de obtenção de prova “[...] que não pode ser imposto ou coativo, mas, sim, uma opção defensiva. [...] O imputado jamais pode ser obrigado a firmar um acordo de colaboração, que sempre deve ser voluntário. (Mendonça, apud Callegari, 2019, p. 252).

Essa ênfase doutrinária na voluntariedade não deve ser entendida como um mero detalhe formal, mas sim uma salvaguarda essencial para impedir que a colaboração premiada se desvirtue em um instrumento de coação, resgatando práticas do sistema inquisitivo que o modelo acusatório, adotado no Brasil, busca superar. Portanto, Machado (2018) intensifica que a voluntariedade do colaborador, no momento de celebração do acordo, deve ser pautada a partir da livre vontade na prestação de declarações e, inclusive, auxiliar a acusação, *conditio sine qua non*, para eventual aferição dos prêmios legais. Ainda, a noção de liberdade de escolha se exterioriza com a autonomia

ou autodeterminação que possibilitem ao indivíduo expressar sua vontade, sem constrangimentos que o limitem ou o coajam, uma vez verificada a ausência de voluntariedade no acordo realizado, este deve ser considerado nulo e desentranhado dos autos.

Neste contexto, a figura do juiz na fase de homologação do acordo firmado entre o réu e o Ministério Público assume papel de importância ímpar. Distanciando-se das negociações, sua função não é, neste momento, exercer um juízo de mérito do acordo, mas sim de atuar como um garantidor da legalidade e voluntariedade. O que se espera do magistrado, nesse aspecto, é que ele não atue como um protagonista nas fases de negociações, ou seja, não será tolerável que o magistrado opine sobre o mérito da declaração ou até mesmo sugira cláusulas no acordo. Inclusive, a própria Lei de Organizações Criminosas dispõe em seu artigo 4º, § 6º, que “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”.

Acerca da atuação do magistrado, destaca Oliveira (2024, p. 99):

Em respeito ao sistema acusatório vigente em nosso ordenamento jurídico, o papel do magistrado será um papel fiscalizatório após o momento de assinatura do acordo e sua submissão para homologação. Tal postura visa principalmente à garantia da imparcialidade do julgador, a quem caberá a tarefa de análise de todo o contexto probatório de maneira equidistante e imparcial.

Se por um lado a legislação estabelece um rigoroso controle sobre a validade do acordo e a atuação do magistrado, por outro, oferece um leque de “prêmios” ao colaborador. Tais benefícios funcionam como o incentivo fundamental que torna a colaboração uma opção defensiva atraente e eficaz no desmantelamento de organizações criminosas. Conforme o art. 4º, *caput* e §§ 4º e 5º, os prêmios em favor do colaborador compreendem a imunidade, o perdão judicial, a redução em até 2/3 dois terços da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos e, em caso de colaboração premiada após a sentença condenatória, redução da pena até a metade ou ainda a progressão mesmo que ausentes os requisitos objetivos.

Nesta esteira, muito se discute acerca da possibilidade de estabelecimento de prêmios extralegais, ou seja, o colaborador fazer jus à prêmios diversos daqueles que a legislação faz menção.

Uma primeira corrente manifesta ser possível a adoção de sanções premiaias previstas fora da legislação, argumentando que se o referido prêmio não for vedado por lei, será possível a sua concessão. Neste argumento, inclusive, já se manifestou a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

[...] No ponto, não se pode acolher a tese de que o colaborador seria induzido em erro pela oferta de um prêmio não expressamente previsto em lei. Como se afirmou, tendo sido

assistido por advogado em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, a previsão no acordo de um prêmio mais benéfico que os expressamente previstos em lei, não lhe traria qualquer prejuízo, tampouco afetaria a voluntariedade da manifestação da vontade. Em se tratando de prêmio eventualmente inexequível, não me parece razoável imaginar que a defesa deixaria de aconselhar o colaborador a não firmar o acordo. De todo modo, não é o caso dos autos [...] (Brasil, 2018).

Doutra banda, uma segunda corrente afirma não ser possível a concessão de prêmios diversos daqueles aduzidos na legislação, em homenagem à legalidade estrita. Sustentam, ainda que a própria legislação, em especial o os §§ 4º e 5º do artigo 4º dispõe que “sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial, de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código penal e na Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º do art. 4º, III”.

Nessa corrente, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] V - No âmbito do acordo de colaboração premiada, conforme delineado pela legislação brasileira, não é lícita a inclusão de cláusulas concernentes às medidas cautelares de cunho pessoal, e, portanto, não é a partir dos termos do acordo que se cogitará da concessão ou não de liberdade provisória ao acusado que, ao celebrá-lo, encontre-se preso preventivamente. Segundo a dicção do art. 4º, da Lei 12850/2013, a extensão do acordo de colaboração limita-se a aspectos relacionados com a imposição de pena futura, isto é, alude-se à matéria situada no campo do direito material, e não do processo [...] (Brasil, 2016).

Em síntese, o debate revela a tensão entre a segurança jurídica, buscada pela corrente de legalidade estrita, e a necessidade de eficácia do instituto no combate ao crime organizado. Nesse cenário, embora a visão restritiva ofereça balizas mais seguras, a posição mais flexível da 1ª Turma do STF parece dialogar melhor com a natureza de negócio jurídico processual da colaboração. Ao valorizar a autonomia das partes na negociação de benefícios, desde que favoráveis ao réu, reforça-se o protagonismo que recai sobre as partes e vai ao encontro da natureza jurídica do acordo de colaboração premiada.

2. O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO: POSIÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS E IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Ao finalizar a análise da colaboração premiada e seus elementos essenciais, percebe-se que a sua estrutura, principalmente após as mudanças ocorridas com o Pacote Anticrime, busca harmonia com o sistema penal acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Processo Penal Brasileiro. A fim de compreendê-lo, é necessário abordar dois dos seus princípios fundamentais, que merecem destaque no âmbito da colaboração premiada, quais sejam: a separação das funções de julgar, defender e acusar e a imparcialidade do juiz no processo penal.

Acerca dos elementos que constituem o Sistema Acusatório, Ferrajoli (2002, p. 454) destaca:

De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação. Essa separação, exigida por nosso *axiom nullum iudicium sine accusatione*, forma a primeira das garantias orgânicas estipuladas em nosso modelo teórico.

Nesse viés, a separação entre juiz e acusação no sistema acusatório, destacada por Ferrajoli (2002), garante os direitos e prerrogativas do acusado contra eventuais abusos do poder estatal, preservando – ao menos na teoria – os mesmos direitos, deveres e prerrogativas entre quem acusa e quem defende.

Outrossim, a separação de funções não deve ser considerada como um fim em si mesma, ou seja, ser analisada tão somente como forma integrante do sistema acusatório, mas ser compreendida como o principal mecanismo processual para se alcançar um dos valores e princípios mais caros do devido processo legal e alicerce do sistema acusatório: a imparcialidade do julgador. Nessa esteira, a imparcialidade do julgador é a garantia de que o juiz atuará como um árbitro equidistante das partes, contrariando, assim o que dispõe o sistema inquisitório, por exemplo. Nesse sentido, afirma Burlamaqui (2023, p. 28-29).

É preciso ponderar ainda que a estrutura do processo efetivamente acusatório deve ser construída de forma que o juiz esteja blindado quanto ao questionamento de sua imparcialidade. Assim, este, além de ser, deve também parecer imparcial. Ao se permitir que o juiz possa iniciar a investigação e esta levar à propositura de uma ação penal, inverte-se a noção da presunção de não culpabilidade, sendo o acusado considerado suspeito pelo próprio órgão julgador, passando a ser então o responsável por provar sua inocência e o equívoco do juiz. Questiona-se, dessa forma, se, em um sistema com tal estrutura, a sentença é considerada íntegra e impessoal por parte daqueles submetidos ao processo.

É neste aspecto que o legislador brasileiro, a partir da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), estabeleceu, a partir do artigo 3º-A, do Código de Processo Penal, que o sistema processual penal brasileiro teria estrutura acusatória, criando a figura do chamado Juiz das Garantias e vedando a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A introdução do Juiz das Garantias, que se encontra em processo de implementação no judiciário brasileiro, ante o recente julgamento das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 em dezembro de 2023, foi a tentativa mais explícita do legislador de materializar essa imparcialidade. Ao designar um magistrado para atuar somente na fase investigatória, o sistema busca resolver um problema central: a gestão da prova. Nesse modelo, a responsabilidade de coletar as evidências e construir a narrativa da acusação recai inteiramente sobre as partes, especialmente o Ministério Público, titular da ação penal conforme artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, cabendo ao juiz apenas o controle da legalidade e a proteção dos direitos fundamentais, sem tomar a iniciativa probatória. Assim, espera-se que com a criação do juiz das garantias, haja um distanciamento entre o juiz da instrução e o juiz da fase pré-processual, vez que aquele não terá contato com os indícios

coletados na investigação. Assim dispõe Andrade (2020, p. 17):

Pelo fato de o magistrado dever analisar uma série de questões na fase de investigação, isso o levaria a formar juízos prévios (preconceitos) em relação ao investigado. Por consequência, esse magistrado passaria a visualizar o investigado como se culpado fosse, antes mesmo do oferecimento da futura ação penal condenatória, da qual esse mesmo magistrado seria o próprio julgador. Em síntese, sustenta-se que o investigado já teria certeza de sua condenação, ainda que este sequer houvesse atingido a condição de acusado.

Essa vedação à iniciativa probatória do juiz, reforçada pela criação do Juiz das Garantias é essencial, haja vista que o sistema processual penal brasileiro possui, em seu cerne, elementos que remetem ao sistema inquisitório, como o próprio artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao juiz ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas. Com a adoção do sistema acusatório, portanto, pretende-se a prevalência do princípio dispositivo, estabelecendo que as decisões do juiz da instrução no caso concreto devem se dar com base nas alegações e provas apresentadas pelas partes. A posição de “juiz-espectador” possibilitaria a esperada imparcialidade quando do julgamento. Novamente, Ferrajoli (2002, p. 485-486) comenta sobre o tema:

As diferenças entre sistema inquisitório e sistema acusatório que se manifestam no interrogatório do imputado são apenas um reflexo da alternativa epistemológica entre as duas opostas concepções da verdade processual que marcam os dois sistemas e condicionam em geral os métodos de prova. A verdade almejada e perseguida pelo processo inquisitório, sendo concebida como absoluta ou substancial, e consequentemente única, não pode ser de parte e não admite, portanto, a legitimidade de pontos de vista contrastantes cujo conflito só não exige, mas exclui o controle desde baixo, em especial o controle do imputado. (...) Entende-se que sobre essa base não há sentido em falar de ônus da prova a cargo da acusação, mas, no máximo, da necessidade da prova: exigida, pretendida – ou totalmente extorquida – do próprio acusado. Ao contrário, a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro. (...) Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos que caracteriza ao contrário o processo misto (...).

A distinção feita por Ferrajoli (2002) entre as duas concepções de verdade é, portanto, o ponto nevrálgico que diferencia os sistemas. No modelo acusatório, essa 'verdade relativa ou formal' não significa uma verdade inferior ou menos importante, mas sim a única verdade que pode ser considerada legítima: aquela que é construída dentro das regras do devido processo legal e com respeito irrestrito às garantias fundamentais. Ou seja, não se pode tolerar o desrespeito aos direitos fundamentais em troca da punibilidade dos acusados. Exemplifica-se com a inadmissibilidade das provas obtidas através de meio ilícito no processo, devendo estas serem imediatamente desentranhadas dos autos em privilégio à busca pela verdade formal. Conforme apontado por Lopes Júnior e Alflen (2009), leitura essa retomada por Burlamaqui (2023):

Como já visto, o processo penal não é instrumento para a busca da verdade, tendo como finalidade a garantia dos direitos daqueles submetidos ao poder punitivo estatal. Assim, o papel do juiz não é buscar um certo grau de certeza, mas garantir o contraditório, a ampla

defesa e a imparcialidade. Afinal, não existe certeza plena, pois o processo pressupõe instabilidade, em regra, favorecendo aquele que tem melhores condições de se fazer representar e libertar-se das cargas processuais.

3. O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO

Ao contrário do que uma análise apressada poderia sugerir, o instituto da Colaboração Premiada, especialmente após as reformas promovidas pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), não representa uma anomalia ao sistema acusatório brasileiro. Pelo contrário, se bem aplicado, em observância aos ditames legais, o instituto não só se coaduna perfeitamente ao sistema acusatório, mas também é um meio de obtenção de prova altamente eficaz no combate ao crime organizado.

Um primeiro ponto que demonstra essa harmonia reside na própria natureza da colaboração como um negócio jurídico processual. Diferentemente de um ato unilateral do Estado, o acordo coloca o investigado, obrigatoriamente assistido por defensor, na posição de protagonista, capaz de negociar os rumos da persecução penal contra si. Assim, a livre disposição do acusado em colaborar ou não com a persecução penal, negociando ativamente com o órgão acusador, ressalta o sistema acusatório. Todavia, é de se ressaltar que a posição de protagonista do investigado durante as negociações depende da prestação de informações eficazes na apuração dos delitos, caso contrário, resta impossível a concessão dos prêmios legais em seu favor.

Além disso, a obrigatoriedade de defensor em todas as tratativas não apenas valida o ato em si, mas garante a paridade de armas ao materializar a ampla defesa nas negociações, indo ao encontro do que reza também a súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal. A fim de garantir a ampla defesa no acordo de colaboração premiada, o artigo 3º - C, §1º da Lei de Organizações Criminosas expõe:

Art. 3º-C. A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público.

§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público.

Acerca da necessidade de defensor em todos os atos da colaboração, expõe Melo (2020, p. 90-91):

O defensor garantirá que o potencial colaborador tenha consciência de todos os riscos e das consequências de aceitar negociar com o Ministério Público, além de possibilitar o acesso aos elementos de informação já documentados, em consonância com o disposto na Súmula Vinculante nº14 e o art. 7º, XIV, do Estatuto da OAB, permitindo uma análise fática mais apurada à imputação que lhe é dirigida.

Se por um lado a lei garante o protagonismo das partes na negociação, por outro, ela redesenha o papel do juiz, de modo que ele se adeque à lógica acusatória. A sua atuação, portanto, não é a de participar ou validar o mérito do acordo, mas sim atuar tão somente como um fiscal da legalidade e regularidade das colaborações. Em boa hora o pacote anticrime alterou

substancialmente a atuação do magistrado não só na homologação dos acordos, mas também no seu valor probatório, como será discutido adiante. À par das novidades da lei, destaca-se, invariavelmente, o artigo 4º, §5º da Lei 12.850/13:

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Nesse contexto, a fim de garantir que o acordo realizado entre o colaborador e autoridade da persecução penal não esteja eivado de qualquer vício que possa gerar sua nulidade, o §7º do mesmo artigo supracitado ganha notoriedade, mormente porque exige a realização de audiência sigilosa entre o magistrado e o colaborador (devidamente acompanhado de seu defensor), oportunidade em que serão analisados os requisitos essenciais à eventual homologação das declarações prestadas, a ver:

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

I - regularidade e legalidade;

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no **caput** e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo;

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do **caput** deste artigo;

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

A realização da audiência sigilosa entre o magistrado e o colaborador deve ser entendida como o principal momento de aferição de validade do acordo realizado entre o colaborador e a autoridade policial ou o *parquet*, por isso, exige-se uma atuação do magistrado estrita ao que dispõe a lei, realizando uma espécie de “checklist” dos requisitos acima apresentados.

Com a realização da audiência, destaca-se, mais uma vez, a fala de Melo (2020, p. 131), que ressalta o caráter de negócio jurídico processual do acordo de colaboração premiada:

Diante disso, o juiz decidirá, ou homologando o acordo e dando início à fase de colaboração efetiva, ou rejeitando-o com a devolução às partes para as adequações necessárias. Essa foi mais uma alteração promovida pelo pacote anticrime. Na antiga redação do art. 4º, §8º, o juiz tinha a alternativa de simplesmente recusar o pedido de homologação, restando às partes somente impugnar a decisão judicial. Agora, com a devolução obrigatória, há o prestígio à economia processual, além de demonstrar que o sistema está sendo construído para privilegiar a solução negociada.

Nota-se que, uma vez verificada a não observância dos requisitos estabelecidos pela lei, o juiz poderá recusar a homologação do acordo, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias, na esteira do artigo 4º, §8º da Lei. 12.850/13. Portanto, a nova redação conferida à

colaboração premiada, exalta a solução negociada e o caráter de negócio jurídico do instituto, vez que verificada alguma irregularidade do acordo o juiz, ao invés de simplesmente rejeitar o acordo e não apreciá-lo novamente, deve devolvê-lo às partes para nova adequação.

Ainda, conforme apontam Oliveira e Galvão Júnior (2019, p. 24), como os benefícios que a Lei prevê devem ser analisados pelo magistrado no momento da sentença, faz-se crer que, caso aqueles resultados previstos na legislação – dispostos no artigo 4º, incisos I a V da Lei 12.850/13 - sejam efetivamente obtidos, o colaborador terá o direito público subjetivo à premiação.

Evidencia-se, portanto, que uma das maiores provas da limitação do poder do juiz no que diz respeito à fase de homologação do acordo é que, homologado e cumprido pelo colaborador, o juiz da sentença ficará vinculado aos prêmios pactuados.

Analisado o papel do juiz como garantidor dos direitos do colaborador, é imperativo destacar que as salvaguardas do sistema da colaboração premiada, mormente com as mudanças promovidas pelo Pacote Anticrime, não se limitam apenas a ele, mas devem se estender também aos direitos dos delatados, ou seja, terceiros que serão atingidos pela colaboração premiada.

Cumprido, neste momento, a oportuna inclusão do artigo 4º, §16, à Lei das Organizações Criminosas, que garante a impossibilidade de decretação de quaisquer medidas com caráter restritivo apenas com fundamento nas declarações do colaborador, é o que se extrai do dispositivo legal:

§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:
I - medidas cautelares reais ou pessoais;
II - recebimento de denúncia ou queixa-crime;
III - sentença condenatória.

Nesta senda, verifica-se que o *standard* probatório nos acordos de colaboração premiada deve ser robusto, vez que apenas a declaração do colaborador não pode ser utilizada como argumento para a prolação de um decreto condenatório, por exemplo. Neste particular, é indispensável a existência de elementos de corroboração, ou seja, a colheita de provas mediante contraditório que de fato sejam aptas a condenar os acusados, ou ainda lhes impor alguma medida restritiva.

Além de exigir provas de corroboração, a lei estabeleceu outra garantia fundamental para o delatado: o pleno exercício do contraditório, garantindo-lhe o direito de falar sempre por último, conforme artigo 4º, §10-A. Ou seja, em todas as fases do processo, será garantida a manifestação primária do réu colaborador, seguida da manifestação do réu delatado. Tal previsão é de importância valia no momento da audiência de instrução e julgamento e coaduna-se com o princípio da ampla defesa e do contraditório, pois será garantido ao réu delatado a oportunidade de impugnar as

declarações prestadas pelo colaborador.

A postura do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 166.373/PR, já destacou a regra de que os delatados falem por último como uma consagração da garantia constitucional do *due process of law* (devido processo legal) no âmbito penal. Portanto, como já sustentado, o direito de permitir a impugnação de todas as alegações feitas pelo colaborador garante o pleno acesso ao contraditório e a sua inobservância acarretará vício, devendo ser reconhecido o cerceamento de defesa, nos termos do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Destarte, apesar dos inegáveis avanços legislativos, que buscaram alinhar a colaboração premiada ao sistema acusatório, a sua aplicação prática ainda enfrenta obstáculos. Conforme apontado por Lima (2021, p. 40-41), essa tensão entre o avanço da lei as dificuldades de sua implementação é uma realidade que não deve ser ignorada:

Sendo um dos institutos mais dinâmicos do ordenamento jurídico, vemos com bons olhos a reforma da lei 13.964/2019 que teve a necessidade de reafirmar que o instituto não pode ser admitido para fundamentar as decisões de admissão sob análise, consoante nova redação do §16, art 4º da lei 12850/2013, sendo pontual ao trazer mais segurança jurídica aos operadores do direito, entretanto, ainda existem barreiras judiciais para sua correta implementação e alinhamento deste modelo de justiça negocial ao disposto no sistema processual penal disposto pela Constituição Federal de 1988.

Entretanto, somente com obediência a ditames constitucionais e com reformas pontuais para coibir arbítrios estatais será alcançado um processo penal justo¹¹³ para a correta adoção do instituto no nosso sistema, obedecida a paridade de armas¹¹⁴ entre o exercício da defesa e a acusação, sendo necessário o reforço ao contraditório judicial nos moldes discutidos.

Ademais, não se pode olvidar que os riscos à voluntariedade do colaborador é um dos pontos frágeis dos acordos de colaboração premiada. Isso porque, não é incomum a decretação de medidas cautelares em face de alguns investigados, como forma de “forçar” uma colaboração premiada. Além disso, nos processos em que há de se realizar algum acordo de colaboração premiada, estes feitos costumam estar envolvidos em uma alta exposição midiática, de modo que a pressão exercida pela mídia pode impactar diretamente na realização dos acordos.

Conforme destacado por Alexandre Moraes da Rosa, citado por Melo (2020, p. 79), um processo penal democrático não pode tolerar práticas como a manipulação da investigação, a criação artificial de contextos por meio de prisões cautelares ou a exposição midiática, que violam frontalmente os direitos da defesa.

Outrossim, o acordo de colaboração premiada não deve ser utilizado com o fim de obtenção de informações genéricas e sem um foco claro, na esperança de colher elementos de prova infundados, caracterizando assim a chamada “pesca probatória” (*fishing expedition*). Ainda, o uso do instituto como forma de garantir a punibilidade dos responsáveis a qualquer custo, violando garantias fundamentais inerentes ao processo penal vai de encontro ao sistema acusatório e ao

princípio da verdade formal.

Portanto, o que se espera da colaboração premiada é a sua utilização nos termos da lei, observando as regras do jogo, os limites constitucionais e o respeito às garantias fundamentais. Desse modo, o combate ao crime organizado tende a ser a mais eficaz e em consonância com o que reza o sistema acusatório, principalmente no tocante à obtenção da prova e sua valoração no processo penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, verifica-se que o instituto da colaboração premiada, enquanto negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, apresenta-se como instrumento relevante no combate ao crime organizado, sendo um grande aliado dos órgãos de persecução penal na efetiva responsabilização dos infratores, bem como pode ser visto como um interessante meio de defesa em relação ao réu colaborador, na busca pela redução de suas consequências penais. No entanto, a sua compatibilidade com o sistema penal acusatório dependerá da observância estrita aos limites constitucionais e às garantias processuais fundamentais.

Ao longo deste estudo, verificou-se que a Lei 12.850/13, especialmente após as mudanças promovidas pelo Pacote Anticrime, buscou alinhar o instituto à lógica acusatória, impondo a assistência de advogado durante as negociações, vedando a participação do juiz nas tratativas e estabelecendo limites acerca do valor probatório da colaboração. Tais alterações reforçam a centralidade das partes no processo – privilegiando a natureza jurídica de negócio jurídico processual do acordo – e ainda reforçam a separação entre acusação e julgamento, núcleo do sistema acusatório.

Não obstante, a prática forense ainda revela distorções que merecem atenção no que tange à correta utilização do instituto, como a decretação de algumas medidas cautelares com viés coercitivo, como eventual prisão preventiva, a fim de que o colaborador, diante da pressão de estar restrito de liberdade, aceite realizar o acordo de colaboração premiada. Ainda, não se pode olvidar a influência exercida pela mídia na posterior realização de acordos viciados. Além disso, eventuais condenações em que a palavra do colaborador é tida como o principal elemento de convencimento do magistrado não devem ser bem-vistas, diante da exigência legal de um *standard* probatório robusto para eventual condenação.

Por fim, é necessário reconhecer a colaboração premiada não se encontra isenta de críticas, razão pela qual se mostra imprescindível a constante vigilância doutrinária, jurisprudencial e institucional quanto à sua aplicação prática, a fim de garantir sua correta aplicação, evitando retrocessos e arbitrariedade no âmbito do processo penal democrático.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, p. 18.933, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 03 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, a colaboração premiada, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 150, n. 148, p. 1, 5 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm. Acesso em: 03 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Inquérito 4.405 AgR. Relator: Roberto Barroso. Julgado em: 27 fev. 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 64, 4 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *Recurso em Habeas Corpus* 76.026/RS. Relator: Felix Fischer. Julgado em: 6 out. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 11 out. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483/PR**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz de Oliveira Lima. Julgamento em 27 de agosto de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 28 set. 2015.

BURLAMAQUI, Edison Ponte. **Juiz de garantias**: A implementação do sistema acusatório e a busca pela imparcialidade: o sistema brasileiro à luz da experiência sul-americana. 2023. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/22529>. Acesso em: 03 jul. 2025.

CALLEGARI, André Luís. **Colaboração premiada**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. ISBN 9788553612420. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553612420/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoque criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Lucas de Barros Pino. **Colaboração premiada e (in)suficiência probatória**. 2021. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2021. Disponível em: https://sucupira-legado.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=11385168. Acesso em: 03 jul. 2025.

LOPES JÚNIOR, Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Breves apontamentos in memoriam a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”**. Revista de Processo, a. 34, n. 176, p. 362-363, 2009.

MACHADO, Mateus Martins. **A voluntariedade como requisito da colaboração premiada**. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Escola Superior do Ministério Público,

Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2018. Disponível em: https://sucupira-legado.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=7429714. Acesso em: 03 jul. 2025.

MELO, Aquiles Perazzo Paz de. **Justiça penal negocial: a dupla finalidade da declaração premiada pós-sentencial**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito – Especialidade em Ciências Jurídicas) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2022. Disponível em: <https://repositorio.grupoautonoma.pt/server/api/core/bitstreams/a4c7fb27-cd64-463b-8856-5a9c452a8dd2/content>. Acesso em: 03 jul. 2025.

MELO, Caio Vanuti Marinho de. **Parâmetros constitucionais da colaboração premiada**. 2020. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2020. Disponível em: https://sucupira-legado.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=10659674. Acesso em: 03 jul. 2025.

OLIVEIRA, João Rafael de; GALVÃO JUNIOR, José Luiz de Mendonça. Colaboração premiada: direito subjetivo do acusado ou poder discricionário do Ministério Público?. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Curitiba, n. 10, p. 15–29, 2019. Disponível em: <https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/10/revista-esa-10-cap-04.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2025.

OLIVEIRA, Letícia Silva Carneiro de. **O papel do magistrado no acordo de colaboração premiada**. 2024. 109 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Econômico e Desenvolvimento) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Brasília, 2023. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/4892>. Acesso em: 03 jul. 2025.

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

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

O INSTITUTO DOS DANOS MORAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONCEITO, FUNÇÕES E APLICABILIDADE

Gustavo Grilo GUASTALE¹

RESUMO

O artigo tem como objetivo esclarecer a evolução e a aplicação do instituto dos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro atual. Para isso, o conteúdo foi estruturado em três eixos: conceitual, funcional e prático, especialmente no que se refere à quantificação dos danos morais pelo Judiciário. Inicialmente, realizou-se uma análise histórica do instituto, abordando o cenário anterior à sua previsão legal e destacando a relevância da sua constitucionalização com a Constituição de 1988. No aspecto conceitual, foram comparadas abordagens adotadas em países regidos pelos sistemas "common law" e "civil law", com o intuito de identificar semelhanças e divergências em relação ao modelo brasileiro. Também foram analisadas contribuições de doutrinadores nacionais, que influenciam diretamente a interpretação jurídica do tema. No tocante às funções dos danos morais, o estudo destacou suas naturezas compensatória e punitiva. Observou-se que, embora a legislação brasileira priorize o caráter compensatório, parte da doutrina defende a presença de um viés punitivo, dependendo das circunstâncias do caso concreto. Por fim, analisou-se a atual utilização do instituto pelos operadores do direito, com base em dados sobre a crescente demanda por indenizações. O trabalho alertou para o risco de banalização do instituto e a dificuldade de mensurar os danos morais, dada a subjetividade envolvida. Concluiu-se que é essencial desenvolver critérios objetivos de quantificação, a fim de garantir justiça e evitar o enriquecimento ilícito.

PALAVRAS-CHAVE: Danos morais. Ordenamento jurídico. Constitucionalização. Conceitos. Funções. Compensatória. Punitiva. Aplicabilidade. Divergências.

ABSTRACT

This article aims to clarify the evolution and application of the moral damages institute in the current Brazilian legal system. To this end, the content was structured along three axes: conceptual, functional and practical, especially with regard to the quantification of moral damages by the Judiciary. Initially, a historical analysis of the institute was carried out, addressing the scenario prior to its legal provision and highlighting the relevance of its constitutionalization with the 1988 Constitution. In the conceptual aspect, approaches adopted in countries governed by the "common law" and "civil law" systems were compared, in order to identify similarities and divergences in relation to the Brazilian model. Contributions from national legal scholars, who directly influence the legal interpretation of the subject, were also analyzed. Regarding the functions of moral damages, the study highlighted their compensatory and punitive natures. It was observed that, although Brazilian legislation prioritizes the compensatory nature, part of the doctrine defends the presence of a punitive bias, depending on the circumstances of the specific case. Finally, the current use of the institute by legal practitioners was analyzed, based on data on the growing demand for compensation. The work warned of the risk of trivializing the institute and the difficulty of measuring moral damages, given the subjectivity involved. It was concluded that it is essential to develop objective quantification criteria in order to guarantee justice and avoid illicit enrichment.

KEYWORDS: Moral damages. Legal system. Constitutionalization. Concepts. Functions. Compensatory. Punitive. Applicability. Divergences.

1 Discente do 1º ano do curso de do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail@..... Bolsista do Programa de Iniciação Científica.....

1 INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, observou-se que a temática relacionada ao ressarcimento dos danos extrapatrimoniais — aqueles que não dizem respeito a prejuízos materiais mensuráveis, mas sim à violação de aspectos morais e de direitos fundamentais da pessoa humana — tornou-se cada vez mais recorrente, sobretudo na sociedade contemporânea e, por consequência, no âmbito jurídico.

Diante da evolução na proteção desses direitos, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, consolidou-se o instituto dos danos morais como mecanismo de compensação. Esse instituto passou a ser amplamente requisitado nos processos judiciais, refletindo a crescente relevância da matéria no sistema jurídico brasileiro.

A escolha do presente tema, centrada na caracterização dos aspectos fundamentais dos danos morais no ordenamento jurídico nacional, fundamentou-se nas divergências interpretativas existentes quanto às suas características, bem como na dificuldade enfrentada na definição de seu quantum indenizatório.

Nesse sentido, identificou-se como principal problema a ausência de critérios objetivos, tanto legais quanto jurisprudenciais, para a quantificação dos danos morais. Tal lacuna gerou consequências jurídicas, sendo algumas pontualmente positivas, como a ampliação da autonomia do magistrado por meio do livre convencimento motivado, mas, em sua maioria, negativas, destacando-se as injustiças sociais e a banalização do instituto.

Para o desenvolvimento do tema, adotou-se o método dedutivo, com base em pesquisa realizada em legislações, jurisprudências, artigos científicos, fontes eletrônicas atualizadas e correntes doutrinárias relevantes.

2 HISTÓRIA DOS DANOS MORAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de aprofundar a discussão acerca das divergências conceituais e funcionais dos danos morais, bem como sua aplicabilidade contemporânea e relevância potencial, torna-se imprescindível proceder a uma análise histórica desse instituto.

De maneira geral, antes do reconhecimento do dano moral no contexto contemporâneo, a interpretação do “dano” na esfera civil era entendida exclusivamente sobre uma ótica reparatória. Ou seja, para doutrinadores como Agostinho Alvim e Pontes de Miranda (1949, p. 162-164), o termo “dano” possuía dois significados: um amplo, relacionado à lesão de um bem jurídico, e outro, mais restrito, relacionado à lesão de um patrimônio alheio.

Ambos os significados se baseavam na teoria de que a inexecução de uma obrigação, seja no âmbito contratual ou extracontratual, não configurava, por si só, o requisito para a obrigação de

indenizar. Esse entendimento, que já está superado, não admitia expressamente a reparação de danos morais. Assim, percebe-se que essa concepção, por si só, não é suficiente para caracterizar e fundamentar a responsabilidade jurídica na atualidade, pois reflete uma abordagem restrita e unicamente reparatória.

Com a evolução da sociedade, a partir da interpretação de Otávio Luiz Rodrigues (2011, p. 63), o conceito de dano passa a ser compreendido como a subtração ou diminuição de um bem jurídico, independentemente de sua natureza. Esse bem pode ser patrimonial, mas também pode envolver aspectos relacionados à personalidade da vítima, como honra, imagem, liberdade e outros direitos que integram a dignidade da pessoa humana.

De fato, que a proteção desses bens jurídicos acima não é de hoje, e sim, de uma ideia antiga, defendida por aqueles que são adeptos ao “Direito Natural” antigo, mas que foi reemergido a partir da Segunda Guerra Mundial, diante aos impactos causados pela atrocidade da guerra, juntamente com o crescimento da sociedade de consumo, no qual levou a valoração do direito da personalidade, conforme destacado pelo doutrinador Capelo de Sousa (1995, p. 81-85), e consequentemente resultou na inserção dos danos morais nas legislações atuais.

Historicamente, de forma cronológica, a transição desse direito, de forma positivada, teve início nos países como Suíça e Áustria, em meados de 1907, como narrado por Leonardo Estevam (2020, p. 95) a seguir:

Na Suíça, o direito geral da personalidade se impôs mais cedo, tendo sido seu desenvolvimento menos traumático que o alemão. Realmente, o Código Civil suíço (Zivilgesetzbuch - ZGB), de 10 de dezembro de 1907, anterior, portanto, à doutrina alemã do direito geral da personalidade, já consagrava expressamente, em seu art. 28, uma cláusula geral protetora da personalidade humana, que foi inspirada na doutrina de Otto von Gierke (Deutsches Privatrecht). Tal regra tinha o sentido de proteger não somente os interesses morais, mas também a atividade econômica de uma pessoa. E nesse ponto Franz Wieacker já considera a obra de Eugen Huber, maior responsável pela elaboração do Código Civil suíço, como o “fruto legislativo mais amadurecido da ciência de língua alemã do séc. XIX.

Sobre essa transição de entendimento e conceituação do “dano” para a responsabilidade civil, conforme Maria Celina Bodin (2003, p. 67-74) traz, de forma excepcional, que esse acontecimento se deu diante o advento da responsabilidade objetiva, no início do século XX, distanciando com a antiga ideia de responsabilidade civil “ortodoxa”, de conteúdo estritamente moralizador, na qual o homem era considerado responsável por sua livre conduta, se culposa, de indenizar.

Isto é, a fim de reparar os acidentes anônimos em conformidade a política do bem-estar social, que expandiu e se difundiu no movimento de constitucionalização do direito civil, a responsabilidade civil passou a concentrar essas aspirações solidaristas, de modo que, o surgimento de uma compensação a este dano moral traz uma “carga” de talvez uma moralização em nossa

sociedade; entre um aspecto compensatório e punitivo desta indenização, perspectiva esta que será melhor aprofundada no tópico de funções deste instituto.

Neste sentido, a partir do critério da culpa em nosso país, Maria Celina Bodin traduz também que a rápida consolidação da ideia de imprescindibilidade do caráter punitivo na reparação do dano moral, foi devido a nossa formação teológico-cultural, no qual, segundo ela, “sentimos falta de algum mecanismo capaz de imputar aos culpados a sua culpabilidade, no aspecto de assunção das consequências de seus atos”.

Em seguida, partindo agora para um aspecto nacional, como anteriormente mencionado, a real vigência da inclusão da proteção dos direitos da personalidade e indenização por danos morais, no Brasil, se deu devido ao movimento de constitucionalização do direito civil, ainda mais com a institucionalização da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, que elevou e valorou princípios da dignidade da pessoa humana, e todos os direitos recorrentes da personalidade humana.

É importante destacar que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o reconhecimento do “dano moral” ocorria de forma estritamente excepcional e sempre associado ao dano patrimonial. Isso se dava porque a Constituição vigente à época não tratava explicitamente do tema, sendo, portanto, aplicada a redação do Código Civil de 1916. Nesse ínterim, portanto, de acordo com esse código, como já mencionado, o dano moral só poderia ser configurado em situações muito específicas, conforme esclarece Venosa (2013, p. 351), no sentido de cumulação ao dano patrimonial.

Em outras palavras, sem abertura para a interpretação ou reconhecimento de danos de caráter exclusivamente extrapatrimonial. O que exemplifica isto, segundo Clayton Reis (2020, p. 13), foi a consideração do STF a partir do artigo 1.537 do antigo Código Civil de 1916, que incluiu uma indenização pelo “...luto da família”, considerado como um verdadeiro e inequívoco dano moral, que foi substituída no Código Civil de 2002, em seu artigo 948 pela expressão “...sem excluir outras reparações”.

A consideração do STF à época foi a seguinte:

Nos debates o próprio STF arguiu com precisão o verdadeiro sentido da prestação de alimentos decorrentes de atos ilícitos, devidos à vítima na hipótese agasalhada pelo art. 1.537, II, do Código Civil de 1916. Posteriormente, através de vários acórdãos divergentes, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela elaboração da Súmula 491 proclamando: “é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

No entanto, com o advento da constitucionalização dos direitos da personalidade, especialmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, conforme destacado por Maria Celina Bodin (2003, p. 109-110), o valor fundamental, por conseguinte, deixou de ser a vontade individual, dando

lugar à pessoa humana e à dignidade intrínseca a ela.

Ao interpretar a Constituição de 1988, essa valoração está expressamente relacionada aos artigos 1º e 3º, que servem como base normativa para a valorização dos direitos da personalidade e, conseqüentemente, para a aplicação de eventuais “danos extrapatrimoniais” condizentes, de forma encampada, com a própria estruturação do país como Estado Democrático de Direito.

Em especial, estes artigos trazem que, ao estatuir os objetivos da República Federativa do Brasil, conforme artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal (Constituição, 1988), estabelece “uma sociedade livre, justa e solidária”. Já no inciso III, do mesmo artigo, traz que a finalidade da República é a “erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais”. Ou seja, “dizimando” assim qualquer lacuna anterior e resumindo a inserção expressa do direito da personalidade humana, com objetivos para implementação e concretização destes direitos, destacados no título da Constituição como “Dos Princípios Fundamentais”.

De acordo a esta forma expressa e sua aplicabilidade, presume e fomenta cada vez mais a aplicação da indenização sobre os danos morais. Neste sentido a IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, trouxe que:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Reforçando, desta forma, a base normativa para a aplicação dos direitos referentes a dignidade da pessoa humana.

Nesta toada, quanto ao aspecto da internalização deste instituto no ordenamento jurídico, a partir da lógica da constitucionalização desses direitos a dignidade humana, foi definitivamente internalizado, de forma expressa, essa reparabilidade extrapatrimonial no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988, garantindo o direito de resposta e a inviolabilidade da imagem, honra, intimidade e vida privada (Constituição, 1988).

Ademais, ainda sobre este fenômeno da constitucionalização, há de mencionar a perspectiva de Cahali (2011, p. 55) no qual traz que não se pode afirmar que a Constituição de 1988 tenha sido a única legislação responsável por introduzir o direito à reparação de danos morais no ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, para Cahali, esse direito já existia de forma implícita em legislações anteriores; e que a Constituição fez foi elevá-lo ao status de garantia dos direitos fundamentais, e que assim, seria incorreto defender que apenas os danos morais ocorridos após a promulgação da Constituição poderiam ser reparados.

Neste sentido, complementa que, mesmo sob a vigência do antigo Código Civil, já havia dispositivos que evidenciavam o reconhecimento do dano moral, como os artigos 1.537, 1.538,

1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550. Além disso, diversas leis especiais já previam a possibilidade de indenização nesses casos, como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/1962), a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), e a legislação de direitos autorais (Lei nº 5.988/1973, substituída pela Lei nº 9.610/1998). Dessa forma, é evidente que a Constituição de 1988 apenas consolidou, em nível superior, o direito à compensação por danos morais, tanto em sua dimensão objetiva quanto subjetiva.

Em suma, Cahali afirma que, “na realidade, mesmo antes da explicitação constitucional já se podia perceber no sistema jurídico brasileiro a presença do princípio geral da reparação do dano moral”. Ou seja, o ordenamento jurídico já reconhecia a proteção à integridade da pessoa humana frente a agressões injustas. Contudo, havia insegurança quanto à valoração das ofensas à dignidade humana, devido à ausência de normas claras nesse aspecto. Foi a Constituição de 1988, como norma fundamental, que enfrentou essa lacuna e incluiu, de maneira explícita, a previsão de indenização para os danos morais, conforme os casos nela especificados.

Nesse mesmo rumo, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 186) destaca que, “se até então o ordenamento jurídico se concentrava apenas na proteção do patrimônio, a integridade física e psíquica da pessoa humana, e especialmente sua dignidade, passaram a ocupar papel central no Direito Civil brasileiro a partir da Constituição de 1988; na França, esse movimento já ocorria, por meio da jurisprudência, desde o início do século XX”.

De fato, foi a introdução do dano extrapatrimonial na Constituição que serviu de marco fundamental, orientando tanto a doutrina quanto as decisões judiciais e oferecendo parâmetros claros para os tribunais em suas deliberações.

Assim sendo, consequentemente resultou em formas de conceituação destes danos morais, respeitando a sua disposição expressa no Código Civil de 2002 do Brasil, através dos artigos 186 e 927, de responsabilidade civil, conforme entendimentos de doutrinadores de ordenamentos jurídicos internacionais e nacionais a seguir.

3 CONCEITO DE DANOS MORAIS POR DOUTRINADORES E LEGISLAÇÕES

3.1 Conceito de Danos Morais Frente a Legislações Estrangeiras

Majoritariamente, como destacado no Código Civil de 2002, a disposição do dano moral esta intrinsecamente atrelada ao tópico de responsabilidade civil neste artigo, servindo como base para a sua aplicação em casos práticos. No entanto, vale ressaltar alguns conceitos de países a fora, sobre este instituto, e como são dispostos em suas legislações.

Conforme a Constituição do Cazaquistão, exemplo de país do leste europeu, traz a definição de danos morais dentro da sua própria carta magna, servindo como dispositivo aplicável,

além de leis ordinárias a respeito (Akimbekova, M, 2016, p. 02).

Vejamos a subdivisão realizada dentro deste dispositivo Constitucional:

O legislador subdivide todas as relações jurídicas regulamentadas por lei em três categorias:
1) Propriedade, cujo objeto é o bem, que possui valor (Constituição da República do Cazaquistão, 1994);

2) Relações pessoais não patrimoniais, relacionadas à propriedade, cujos objetos não têm valor, mas incluem obrigações patrimoniais (Constituição da República do Cazaquistão, 2011);

3) Relações morais, que não possuem o valor do objeto (Constituição da República do Cazaquistão, 2011).

Na interpretação desta Constituição, conforme Akimbekova (2016, p. 03), informa que o dano causado à integridade emocional e psicológica de uma pessoa, por conta da violação de seus direitos pessoais não patrimoniais, é classificado como dano moral. Assim sendo, esse tipo de dano se manifesta em decorrência de um sofrimento que pode ter origem de forma física ou mental.

No Cazaquistão, portanto, a garantia do bem-estar psicológico das pessoas é uma responsabilidade do legislador, das autoridades, do sistema judiciário e da sociedade. O Código Civil da República do Cazaquistão define dano moral como prejuízos emocionais ou físicos sofridos pela vítima em decorrência de crimes, incluindo sentimentos como humilhação, dor, raiva, ou até mesmo a vergonha.

Diferente da conceituação adotada na Espanha por exemplo, conforme explicado por Pedro Gómez Rivera (site “Belzuz Abogados”), no qual este instituto foi abordado no artigo 183 da LRJS (“La nueva Ley Reguladora de La Jurisdicción Social”), a onde não abrange somente o dano moral, mas também a quaisquer danos sofridos em decorrência a violação de direito fundamental; destacando a necessidade de justificação e a prova de elementos probatórios objetivos o suficiente para a sua quantificação.

No entanto, quanto à essa parte probatória dessa violação aos direitos fundamentais, o Tribunal Superior Espanhol traz uma política de “flexibilização” para a quantificação destes danos, diante a dificuldade de justificação e comprovação destes. Mesmo assim, em regra, caso a comprovação seja difícil ou custosa, o Tribunal Superior Espanhol reconhece as referências à Lei de Infrações e Sanções Trabalhistas (LISOS) como guia para fixar o valor da indenização pretendida.

Comparando a posição adotada por este tribunal, em detrimento a legislação brasileira, podemos ter como referência de que poderá ser um dos meios a ser seguido, visto que a nossa CLT traz critérios mais objetivos para essa quantificação dos danos morais. Isso porque, com a Lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, os danos morais passaram a ser tratados como danos extrapatrimoniais; e neste sentido, a CLT foi alterada com a inclusão do Título II-A, trazendo artigos como 223-A a 223-G, para regulamentar e quantificar melhor este tema (CLT - Decreto-Lei nº 5.452 de 1943).

Ao analisarmos a interpretação e aplicação do direito nos Estados Unidos da América, observamos que o país adota como base de seu sistema jurídico o “common law”. Esse modelo, de forma resumida, fundamenta-se em um “direito comum”, no qual a interpretação das normas legais é guiada por precedentes judiciais e costumes consolidados. Nesse contexto, segundo Paul H. Rubin (1982, p. 205–206), o direito consuetudinário revela-se mais eficiente, pois permite que indivíduos e grupos influenciem os legisladores a partir da experiência acumulada em decisões anteriores. Como consequência, os juízes tendem a fundamentar suas decisões com maior objetividade, pautando-se na eficiência e na previsibilidade dos efeitos sociais de seus julgados.

Nesta toada, os danos morais nos Estados Unidos são considerados como “punitive damages” que significa “indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência malícia ou dolo” (Souza, 2013, p. 202). Este conceito vem de uma adaptação histórica entre dois direitos, o “damage law”, representado pelo inadimplemento contratual, que traz apenas a indenização sobre o caráter reparatório, e o “tort law”, representado pelo ato ilícito extracontratual, de indenização além da reparação específica, como também a uma prevenção aos danos futuros danos futuros (Andrade, 2006, p. 183).

Ou seja, por mais que haja uma expansão dos atos legislativos nos países de “common law”, o “tort law” se demonstra ainda como medida jurídica não sistematizada, estudado conforme o caso em concreto. No entanto, com o decorrer do tempo, já no século XX, esses danos punitivos foram desenvolvidos a fim de viabilizar um meio reparatório, especificamente para os danos morais, adaptados na ótica do “punitive damages”, no qual esses danos não tinham caráter exclusivamente punitivo, ou seja, não sendo apenas excessivo contra o requerido, mas vigora o caráter compensatório, consagrando assim a indenização punitiva para os danos morais nos Estados Unidos da América, com a finalidade de compensar as vítimas que tivessem sofrido uma ofensa intangível, principalmente quando presente circunstâncias agravantes sobre o caso.

Destaca-se que, antes do século XX este instituto estava perdendo importância nos Estados Unidos, e segundo Wendell Souza (2013, p. 203), houve a seguinte limitação e posteriormente sua renovação:

No entanto, os punitive damages foram progressivamente perdendo importância, até que, na primeira metade do século XX, tais penas quase foram abolidas, sob a consideração de que seriam incompatíveis com a natureza estritamente compensatória da reparação dos danos. Sua aplicação foi, assim, limitada a três reduzidas hipóteses: i) quando a administração pública privasse um cidadão de seus direitos fundamentais; ii) quando alguém obtivesse um enriquecimento como consequência de uma conduta culposa; ou iii) quando a hipótese estivesse especialmente prevista em lei. Tendência inversa, a partir da segunda metade do século XX, fortemente expansiva dos punitive damages, verificou-se na experiência estadunidense, até pelo menos meados dos anos 90. Com efeito, desde os anos 70, especialmente no que se refere a danos decorrentes de acidentes de consumo (products liability), o valor das indenizações, quando relativa aos punitive damages, supera com alguma frequência a faixa do milhão de dólares.

Portanto, o propósito geral do instituto é de punir o ofensor, estabelecendo sanção para que não repita o ato lesivo, e consequentemente dissuadindo comportamentos semelhantes de terceiros. Comumente este instituto é aplicado para casos do direito do consumidor, difamação, erro médico, acidentes de trânsito, responsabilidade profissional, invasão de privacidade, assédio sexual, entre outros. A orientação para a condenação indenizatória do “punitive damages” segue critérios como o grau de reprovabilidade da conduta do réu, a proporção entre o dano efetivo ou potencial em relação a indenização punitiva e a diferença entre a indenização e eventuais penalidades civis e criminais previstas em casos similares (Andrade, 2006, p. 184 e 208).

O autor mencionado ressalta que, no contexto jurídico dos Estados Unidos, uma das funções primordiais desse instituto é preencher lacunas normativas, possibilitando a responsabilização de condutas lesivas que, embora não tipificadas como infrações penais, revelam-se socialmente reprováveis e carecem de resposta jurídica. Essa função suplementar tem se mostrado especialmente relevante em situações nas quais o sistema penal se mostra ineficaz ou insuficiente para promover a justiça material. Em um segundo plano, o instituto também passou a desempenhar papel significativo na tutela dos direitos dos consumidores, diante da resistência inicial das cortes em reconhecer determinados danos. Com o tempo, consolidou-se como um mecanismo legítimo de reparação, sobretudo no tocante aos danos morais e a outras situações em que a violação de direitos não encontra respaldo em vias tradicionais de responsabilização.

Já na Alemanha, o conceito de “danos morais” se assemelha com o conceito de responsabilidade civil do Brasil, mas se diferencia quanto a sua regulamentação, tendendo a características do “civil law”. Conforme o Código Civil Alemão de 2015, o legislador traz a definição de que o dano moral é todo aquele como indenização por “dor e sofrimento”. Num aspecto geral, o dever de reparação incumbe à pessoa que de forma ilegal, deliberada ou inadvertidamente, violar a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade, o direito de propriedade ou qualquer outro direito de outrem, sendo esta obrigada a indenizar por este dano causado. Neste aspecto, o legislador alemão, concentra esta reparabilidade nos indícios do ato que pode levar a um dano moral, pelo qual se pode concluir que se trata de um delito culposos, listando “formas de culpa” de indícios de tais atos (Akimbekova, M, 2016, p. 04).

3.2 Conceito de Danos Morais Frente ao Ordenamento Jurídico Brasileiro

Neste instante, os doutrinadores brasileiros possuem semelhanças e diferenças quanto a interpretação do conceito sobre danos morais no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, Segundo a doutrina de Maria Helena Diniz (2025, p. 92-93), o dano moral consiste na violação de

interesses extrapatrimoniais, que dizem respeito à esfera íntima da pessoa, afetando bens imateriais como honra, imagem, integridade física ou psíquica. Essa lesão pode atingir tanto pessoas físicas quanto jurídicas, conforme estabelece o art. 52 do Código Civil, e é reconhecida pela jurisprudência, especialmente pela Súmula 227 do STJ, que dispõe que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Na concepção de Diniz, a distinção entre dano moral e patrimonial, não se dá pela natureza do direito subjetivo atingido, mas sim pelos efeitos produzidos pela lesão. Ou seja, o que caracteriza o dano moral é a repercussão da ofensa sobre o interesse extrapatrimonial do lesado. Desse modo, é possível que a violação de um bem material, como um imóvel, por exemplo, cause reflexos morais, assim como a ofensa a um bem da personalidade, como o corpo, pode gerar prejuízos patrimoniais, como despesas médicas e perda da capacidade laboral.

Maria Helena Diniz exemplifica que, ao se tratar da lesão à integridade física, podem coexistir os dois tipos de danos: o moral, que é decorrente da violação ao direito da personalidade; e o patrimonial, representado pelas despesas com o tratamento (dano emergente) e pela redução da capacidade de trabalho (lucro cessante). Da mesma forma, a exposição difamatória em um jornal pode abalar a honra da vítima (dano moral) e simultaneamente prejudicar sua reputação profissional, afetando seus rendimentos (dano patrimonial indireto).

A autora também ressalta que o dano moral não se confunde com sentimentos subjetivos como dor, angústia ou humilhação, para ela, esses são efeitos, não o dano em si. Portanto, o direito não repara o sofrimento de forma isolada, mas sim quando ele decorre da violação de um bem jurídico protegido. Como ela ilustra, presenciar um acidente pode causar sofrimento, mas apenas quem possui um vínculo jurídico ou familiar com a vítima tem legitimidade para pleitear indenização, caracterizando-se como lesado indireto.

Assim, neste exemplo acima, que traz sobre a diferença de sentimento subjetivo e dano, é que tanto a vítima direta quanto os lesados por reflexo podem requerer reparação pelo dano moral, não como compensação pela dor em si, mas como forma de mitigar as consequências jurídicas da ofensa. Nesse sentido, é coerente com o entendimento do Enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil, segundo o qual “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”, mas sim a constatação da lesão a um bem extrapatrimonial juridicamente tutelado.

De forma semelhante expõem Carlos Roberto Gonçalves (2023, p. 163), orientado pela interpretação que a Constituição Federal, a conceituar este instituto da seguinte forma:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.

Neste tocante, em relação aos bens lesados, o autor traz que a enumeração das hipóteses previstas na Constituição Federal (artigo 5º, incisos V e X) são meramente exemplificativas, ou seja, como vetores para o julgador. Caso afaste-se dessas diretrizes, o dano moral será considerado como pequenos incômodos ou desprazeres que todos os seres humanos suportam ao viverem em sociedade. Isto é, só se deve reputar como dano moral aquela “dor, vexame, sofrimento e humilhação” que foge da realidade, interferindo intensamente no psicológico do indivíduo.

Ademais, Gonçalves (2023, p. 164) também complementa o conceito em relação a situações desagradáveis, porém necessárias, no qual não cabem dano moral, como por exemplo o exame de malas e bagagens na alfândega. Outro ponto em que o autor complementa é em relação a interpretação do artigo 496 do Código Civil Brasileiro, de somente o dano moral razoavelmente grave deva ser indenizado:

O que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade, além da ilicitude. Se não teve gravidade o dano, não se há pensar em indenização. De “*minimis non curat praetor*”.

Para Bittar (2015, p. 34-37) os danos morais são conceituados, de forma introdutória, por dois aspectos. Primeiramente por estarem relacionados intrinsecamente na esfera extrapatrimonial, de não apresentar um conteúdo econômico propriamente dito, não excluindo a possibilidade de mesclarem entre si, tanto o dano patrimonial, quanto o dano extrapatrimonial. Em segundo plano analisa quanto ao bem violado, voltado os danos morais para uma esfera pessoal, e não exclusivamente material. Assim, a partir dessa premissa quanto a natureza jurídica, a análise destes danos deve ser feita quanto ao reflexo causado, ou seja, em relação a esfera lesada.

Especificamente, portanto, o dano moral enquadra-se naquele que se manifesta em relação ao aspecto moral da personalidade do lesado. Ou seja, trata-se daqueles danos que ferem os entes personalizados relacionados a conjunto de valores reconhecidos como integrantes das veias afetiva, intelectual e valorativa da personalidade. Visto que, em relação ao contexto valorativo, interfere sobre a moralidade e não a “pecuniaridade”, ou seja, aqueles que se exaurem na esfera mais íntima da personalidade, em relação na linha dos componentes sentimentais, valorativos, no âmbito da intelectualidade e no da vontade (aptidão de entender e atitude de querer), com as diversas manifestações possíveis.

De forma consonante, Flávio Tartuce (2023, p. 362) aborda o conceito de danos morais, destacando a dificuldade de sua caracterização e quantificação antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Como já mencionado, a Constituição de 1988 representou um marco evolutivo significativo nessa temática, influenciando não apenas a responsabilidade civil, mas também outros ramos do Direito, como o Direito do Trabalho — especialmente com as alterações introduzidas pela reforma trabalhista de 2017 no tocante à quantificação dos danos — e o Direito de Família.

Vejamos, o autor explica este marco evolutivo diante ao entendimento do doutrinador, principal idealizador do Código Civil anterior, Clóvis Beviláqua, no sentido que o dano moral era uma “reparação moral implícita”, ou seja, referente a bens “puramente” morais, como a honra, a liberdade e o respeito aos mortos, fundamentando a partir do art. 76 do Código anterior que a legislação autorizava uma ação fundada no interesse moral, estes especificados em leis, podendo adaptar para casos análogos.

No entanto, a prática anterior, diante as jurisprudências, é que a reparabilidade a esses danos morais não eram aceitas. Como fonte desta divergência prática e teórica, o autor menciona Wilson Melo da Silva que exemplifica a questão na seguinte ótica:

No Brasil a teoria da ressarcibilidade dos danos morais tem tido seus opositores e os seus adeptos. Na doutrina, a tendência é francamente pela acolhida. Na jurisprudência, porém, não obstante acórdãos em contrário e brilhantíssimos votos vencidos, observa-se uma certa resistência, uma como que impermeabilidade à ideia. Os julgados e as decisões, quando não recusam, de maneira formal, a doutrina, aceitam-na, no comum das vezes, segundo o critério da escola capitaneada por Dalloz, e ordenam a reparação dos danos morais apenas em seus reflexos patrimoniais (Tartuce, 2023, p. 362).

Por conseguinte, superado isto com o advento da Constituição, Tartuce (2023, p. 363) conceitua os danos morais a partir de duas correntes, uma majoritária, citando os autores anteriormente mencionados, no aspecto que, de forma resumida, os danos morais relacionam as lesões aos direitos da personalidade, referente a elementos essenciais da individualidade humana, ou referente aquele dano que atinge como pessoa, não lesando seu patrimônio. No qual, nestes

aspectos, a legislação evoluiu a reconhecer ações específicas, de natureza negatória e declaratória, com o objetivo de ressarcir a tutela desses direitos.

Já a corrente minoritária, versa que os danos morais é uma lesão à cláusula geral de tutela da pessoa humana, sendo esta restrita apenas as pessoas naturais. Todavia, tal corrente não é adotada, pois, diante a Súmula 227, informa que a pessoa jurídica também pode sofrer danos morais, e em complemento a Súmula, o próprio Código Civil de 2002 destaca, no artigo 52, que se aplica as pessoas jurídicas, no que couber, a proteção relativa aos direitos da personalidade.

Adepto da primeira corrente, Tartuce (2023, p. 364), destaca como rol exemplificativo dos danos morais os artigos 11 ao 21 do Código Civil de 2002, informando que para a sua reparação não se quer a determinação de um preço para a dor ou sofrimento, e sim um meio para atenuar as consequências destes prejuízos imateriais. Nesta toada, o autor passa a conceituar os danos morais em relação ao seu conteúdo, podendo ser ele próprio ou impróprio.

O dano moral próprio ou denominado pela doutrina como o dano moral in natura, é aquele que constitui aquilo que a pessoa sente, podendo causar na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão. No entanto, como vem sendo sedimentado pela doutrina, a caracterização deste dano moral não depende desses sentimentos negativos ou desagradáveis, conforme enunciado da V Jornada de Direito Civil (Enunciado n. 445). Ademais, a jurisprudência atual possui o mesmo entendimento, conforme as Súmulas n. 227 (já mencionada, referente a pessoa jurídica), n. 370 (quanto ao depósito antecipado de cheque pós datado, caracterizando dano moral) e n. 388 (quanto a simples devolução indevida de cheque), todas do STJ, que não necessariamente causará sentimentos negativos ou desagradáveis.

Já o dano moral impróprio seria qualquer lesão referente aos direitos da personalidade, ou seja, há uma perspectiva em sentido amplo, não necessitando de prova do sofrimento para a sua constituição. Assim sendo, é qualquer lesão ao direito à liberdade, ao gênero, a orientação religiosa e entre outros direitos que fazem parte dos direitos da personalidade. Como exemplo, segue um julgado referente a lesão ao direito de liberdade:

“Responsabilidade civil do Estado. Obrigação do Estado pela incolumidade dos cidadãos. Cidadão submetido a revista e condução a distrito policial fora das situações permitidas pela Lei. Indenização por dano moral. Cabimento. Desnecessidade de prova acerca de sofrimento moral. Critério para a fixação. Provimento que se dá ao recurso do autor” (TJSP, Apelação 572.483.5/9, Acórdão 2693603, 13.^a Câmara de Direito Público, Franca, Rel. Des. Borelli Thomas, j. 18.06.2008, DJESP 12.08.2008).

Outro exemplo frequentemente abordado pela doutrina, no âmbito do dano moral impróprio, refere-se aos chamados danos morais coletivos. Esses não devem ser analisados sob a mesma lógica conceitual dos danos morais individuais, uma vez que se estruturam exclusivamente sob a ótica dos danos extrapatrimoniais, independentemente da origem específica do prejuízo.

Em outras palavras, ainda que alguns julgados os classifiquem como “dano moral coletivo”, trata-se, na realidade, de uma manifestação do dano extrapatrimonial, que, portanto, também prescinde da demonstração de afetação patrimonial ou de comprometimento da integridade psicofísica. Ademais, a natureza desses danos, em certas situações, aproxima-se da lógica da ofensa a bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, os quais, de modo semelhante, não exigem a ocorrência de um resultado naturalístico para sua configuração (Bessa, 2006, p. 195-196).

4 FUNÇÕES DO DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ultrapassada a fase conceitual do instituto dos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com referências a critérios adotados em sistemas jurídicos estrangeiros, torna-se relevante analisar suas funções. Isso implica compreender os reflexos desse instituto na sociedade, bem como sua efetiva aplicabilidade no contexto contemporâneo.

Inicialmente, quanto a este tópico, Flávio Tartuce (2023, p. 364) finaliza a sua conceituação em relação aos danos morais caracterizando que estes não possui “uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males e lesões suportados. Tal dedução justifica a não incidência de imposto de renda sobre o valor recebido a título de indenização”, sendo assim consolidada pela Súmula 498 do STJ que traz expressamente em seu enunciado que “não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais”.

Neste contexto, Tartuce cita a explicação de Fernando Noronha, no qual destaca que:

“a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um ‘preço’, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física.”

Conclui-se, para Tartuce, que, caso o dano moral não observasse o princípio da satisfação compensatória, estaria revestido de “imoralidade”.

Outro doutrinador que expõem a função do instituto dos danos morais através da responsabilidade civil expressa pelo Código Civil atual é o Fábio Ulhoa (2010, p. 284), da seguinte forma:

A principal função da responsabilidade civil é compensar os danos sofridos pelo sujeito ativo. Se forem exclusivamente patrimoniais, a indenização terá equivalência ao valor dos danos, e o credor não se enriquece com o pagamento. Se forem extrapatrimoniais, não há esta equivalência e o credor enriquece com o cumprimento da obrigação de indenizar.

Essa explicação de Fábio condiz com o que dispõem o Código Civil no artigo 944, que “a indenização se mede pela extensão do dano.”

No entanto, diante a este aspecto, é necessário analisar as funções do instituto à luz dos princípios e diretrizes estabelecidos pela Constituição. A partir dessa análise, observam-se

diferentes interpretações quanto às finalidades atribuídas ao instituto; como a principal, que é de função compensatória, e de forma “secundária” uma função punitiva, dividida em compensatório-punitiva e a compensatório-preventiva, também conhecida como pedagógica ou de desestímulo (Bodin, 2019, p. 7).

Essa divisão é feita por mera formalidade na doutrina relacionada ao valor atribuído pedido pelo requerente e a fundamentação do juiz. De forma cristalina e natural, por se tratar de um dano, não há o que se discutir em relação a sua “carga” compensatória, que significa a própria reparação do dano existente. Contudo, a indenização deste instituto estaria disposta a cumprir as outras funções, inicialmente pela punitiva, seguidamente pela função pedagógica, esta diversificando de forma exemplar, de consolo, de instrumento de justiça social, de distribuição de renda, ou por outro motivo pedagógico.

Vejamos, historicamente, como já referido, a função punitiva possui fundamentos e força frente ao direito dos Estados Unidos na América, como título os “punitive damages”, que foi evoluindo no ordenamento jurídico americano a evitar remunerações excessivas, ou seja, conseqüentemente um enriquecimento ilícito. Com isso, limitaram as indenizações punitivas, não podendo esta ser maior que o valor da indenização compensatória, tornando a indenização punitiva um remédio excepcional.

Para casos de países que adotam o sistema “civil law”, este instituto ou caráter de indenização punitiva é raro, como por exemplo países como a Noruega e a Polônia, que dependendo do caso aceitam. No Brasil, não adotamos esse caráter estritamente punitivo, por não diferenciarmos essas parcelas, e caso adotasse a diferenciação criaria uma problemática jurídica contra o ofensor. Ou seja, neste sentido, nosso sistema não deve admitir, a fim de evitar, segundo Maria Celina Bodin (2019, p. 09), a chamada “loteria forense”, que significa de não aumentar a insegurança, a imprevisibilidade nas decisões judiciais e para inibir a chamada ideia da “mercantilização das relações existenciais”.

Compreendendo este entendimento quanto a essa função punitiva no ordenamento jurídico brasileiro, apenas seria para casos previstos em lei. Portanto, o que se admite é um caráter semelhante em relações a condutas ultrajantes ou insultuosas, na intenção de dar uma resposta a sociedade, de forma exemplar, de que não deve ser efetuado tal conduta. Outro ponto sobre essa exceção, que adequa, de certo modo, o caráter punitivo, é em relação a lesões de direitos difusos e coletivos, como por exemplo na relação de consumo ou de direito ambiental (função de “preventiva-precautória”), que prevê até mesmo parâmetros para quantificação a probabilidades de risco a um fundo coletivo (art. 13 da Lei nº 7347/1985).

Neste contexto, como já evidenciado pela dificuldade de distinção referente a diferenciação, há um debate na doutrina quanto ao caráter punitivo ou não deste dano moral. Outrossim, para Humberto Theodoro (2010, p. 02), um dos defensores quanto ao aspecto exclusivamente compensatório dos danos morais, se faz, mesmo que de forma declarada contrária ao caráter punitivo, ou chamada de indenizações vultosas, traz um exemplo que permite “lacunas” para o entendimento de um eventual caráter punitivo. Entende que em caso de violação de esfera íntima, há uma real consequência de reparação, mas com um duplo objetivo de atenuar o sofrimento injustamente provocado e coibir a reincidência do agente a novas práticas.

Ou seja, diante a esse posicionamento de Humberto, denota-se uma contradição quanto a defesa exclusiva da função compensatória em relação aos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, por trazer em questão que as repercussões na sociedade devem ser mitigadas, como medida preventiva no caso acima. Essa menção sobre uma necessidade de sanção, além de ser contraditória ao entendimento do doutrinador, pode ser considerada um avanço, no aspecto de realizar abertura a medidas mais efetivas dependendo do caso em concreto.

Sobre esse duplo aspecto, Maria Celina Bodin (2003, p. 219-222) expõem:

Diz-se, então, que a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima – ajudando-a a sublimar as aflições e tristezas decorrentes do dano injusto –, e de um caráter punitivo, cujo objetivo, em suma, é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.

Ademais, a autora destaca que a ampliação do caráter punitivo nos casos de danos morais está ancorada em duas teorias principais. A primeira possui um fundamento mais intrínseco, relacionado à própria natureza pecuniária do instituto; já a segunda, de caráter mais prático, embora de forma indireta, já tenha sido mencionada anteriormente.

A primeira teoria tem origem na evolução de um conceito antigo, denominado "pena privada", surgido na França no século XX. Essa concepção, ao longo do tempo, foi adaptada à reparação dos danos morais, sobretudo quando passou a ser fundamentada no risco e na noção de garantia, configurando-se como um mecanismo de responsabilização civil baseado na culpa e, consequentemente, em uma sanção de natureza privada.

Nesse sentido, tal teoria revelou-se fundamental para a consolidação do aspecto pecuniário da reparação, pois contribuiu para fortalecer a ideia de compensação nos casos de danos morais. Ela serviu como instrumento para neutralizar o argumento moral contrário à quantificação concreta do sofrimento, uma vez que a indenização passaria a ter, também, uma função punitiva.

Sob outra perspectiva, a segunda teoria busca responder a questões relativas à valoração pecuniária dos danos morais a partir da condição econômica da vítima. Isso porque, para indivíduos

pertencentes a classes sociais menos favorecidas, a indenização poderia representar um verdadeiro consolo, ao passo que, para os pertencentes às classes mais abastadas, talvez não surtisse o mesmo efeito. Nesse contexto, a segunda teoria propõe que o dano moral, quando analisado sob o prisma de sua função punitiva, deve assumir um valor pecuniário significativo, a fim de evitar que a infração permaneça impune. Tal perspectiva está associada à ideia de justiça corretiva ou sinalagmática.

Conhecida como "teoria do desestímulo", essa corrente sustenta a necessidade de impor ao ofensor uma sanção exemplar, não apenas para puni-lo, mas também para desencorajar a prática de novas ofensas. Assim, a indenização por dano moral adquire, nesse entendimento, um caráter de pena privada em benefício da vítima. Nos casos de lesões a direitos imateriais, argumenta-se que a responsabilidade civil deve assumir uma postura mais proativa, com o intuito de retribuir o mal causado. Nessa linha de raciocínio, a teoria afasta qualquer conotação imoral do aspecto punitivo, tornando-o social e juridicamente aceitável.

Dessa forma, Bodin afirma que esse aspecto de duplicidade — compensatório e sancionatório — está presente no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange à fixação do quantum indenizatório, o qual leva em conta, entre outros fatores, a punição do agente causador do dano. Embora o entendimento atual sobre a quantificação da indenização esteja majoritariamente vinculado ao grau de culpa, entre outros critérios de natureza compensatória, é relevante destacar a orientação do ex-ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), expressa no Recurso Especial n.º 85.205, julgado em 1997, que corrobora essa perspectiva punitiva da indenização por dano moral:

Na fixação do dano moral, deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso.

Nesse mesmo contexto, sob a ótica do doutrinador Clayton Reis (2019, p. 158-161), destaca-se a importância da duplicidade da função punitiva, especialmente em casos empresariais e dolosos característicos da sociedade pós-moderna. Isso porque o caráter puramente compensatório da indenização não se mostra suficiente como resposta jurídica. De forma clara, o autor fundamenta esse entendimento tanto na legislação quanto na doutrina, ressaltando que, para a adequada reparação de qualquer dano, é essencial considerar a função reparatória. Conforme o artigo 944 do Código Civil, consagra-se o princípio da reparação integral, o qual exige a análise da extensão do dano sofrido.

4.1 Aplicabilidade e Divergências

Diante da análise conceitual e funcional realizada, torna-se relevante observar a incidência do instituto dos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto aos seus efeitos na atualidade, que demonstram sua aplicabilidade prática, bem como as eventuais divergências interpretativas ainda existentes, além daquelas já discutidas.

Não obstante, sua efetivação encontra obstáculos, particularmente no que se refere à quantificação dos danos morais pelo Poder Judiciário. Essa dificuldade decorre, em grande parte, da ausência de critérios objetivos previamente estabelecidos, o que contribui para a insegurança jurídica. Ademais, o elevado número de ações que envolvem pedidos de indenização por danos morais levanta preocupações quanto à possível banalização do instituto.

No tocante à fixação do valor da indenização por danos morais, embora o Poder Judiciário tenha avançado na adoção de parâmetros mais objetivos — especialmente em casos repetitivos —, ainda persiste, em grande parte das demandas, a predominância de critérios subjetivos. Nesses casos, a quantificação depende do arbitramento baseado no livre convencimento motivado do magistrado. Essa subjetividade se justifica, em parte, pela complexidade de se mensurar um valor compensatório adequado ao "sofrimento alheio", aliada à ausência de normatização específica no ordenamento jurídico brasileiro sobre a matéria.

Neste ínterim, conforme dispõe Wesley de Oliveira (2005, p. 162):

Em verdade, é o arbitramento judicial o melhor sistema para a fixação da reparação de dano moral. O juiz, aquele que tem contato direto com as partes, que lhes ouve os depoimentos, determina as provas a serem produzidas no processo e acompanha tal produção, é destinatário dos argumentos de ambas as partes, é o sujeito mais indicado para valorar a indenização. Isto após haver reconhecido encontrarem-se presentes seus pressupostos.

Assim dizendo, para Oliveira, diante a situação atual, de falta de critério legal para a quantificação, o único capaz de dimensionar e qualificar a proporcionalidade e razoabilidade da fixação desses danos morais seria o juiz, por estar “próximo” as provas processuais.

Diante a esta atividade do judiciário, Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 258-259) ensina:

Sempre será portentosa e sublime a atividade do juiz na fixação dos danos imateriais, mormente porque, na maioria das vezes, os danos dessa categoria não necessitam de prova. É importante que o magistrado tenha consciência dessa importância e possua formação cultural, lastro social e preparo técnico suficiente para dar uma resposta justa à sociedade. Isso somente é possível ao magistrado que exerce a judicatura por fé e não como atividade ideológica ou de mera subsistência. Embora possam ser estabelecidos padrões ou faixas indenizatórias para algumas classes de danos, a indenização por dano moral representa um estudo particular de cada vítima e de cada ofensor envolvidos, estados sociais, emocionais, culturais, psicológicos, comportamentais, traduzidos por vivências as mais diversas. Os valores arbitrados deverão ser então individuais, não podendo ser admitidos padrões de comportamento em pessoas diferentes, pois cada ser humano é um universo único. Nesse sentido, é importante que o juiz conheça o perfil cultural e social da vítima para que possa avaliar corretamente a extensão do dano. Sem o conhecimento da estrutura psicológica dos agentes envolvidos, o simples conhecimento do fato motivador da indenização dará um parâmetro incorreto ao julgador e agravará o risco de uma sentença injusta.

Dessarte, diante do exposto, não restam dúvidas de que uma das principais divergências em relação a este instituto, ou a principal divergência, esta em relação a sua quantificação, no qual doutrina e jurisprudência buscam critérios objetivos a evitar injustiças ou enriquecimento ilícito social.

Outro ponto de divergência deste instituto vem a partir da sua interpretação conceitual, que é referente a sua eventual banalização. A banalização representa como desvio de finalidade do instituto, diante ao aumento de demandas sem fundamentos legítimos (Baeta, 2019, p. 193).

Notoriamente isso acontece pelo fato de que a caracterização do dano moral surge a partir de uma ofensa de bem que integra os direitos da personalidade, sendo esses intransmissíveis, irrenunciáveis e por não sofrerem limitação voluntária, salvo restrições legais. Com isso, há casos que faltam esses requisitos, ou seja, de situações hábeis a causar prejuízo que afete realmente a dignidade humana, motivando cada vez mais ações judiciais triviais de aborrecimentos.

Evidentemente, como consequência desta situação de banalização, há um “abarroamento” de ações, sem interesse legítimo de agir, no sistema judiciário, deixando a “máquina pública mais lenta” para a solução final dos processos. Sobre este ponto, em relação a quantidade de ações, sites da atualidade como a CNN Brasil, registraram 1,7 milhão de processos por dano moral no primeiro semestre de 2024, com um volume equivalente a 9,6 mil novos pedidos por dia (base de cálculos no CNJ).

Sobretudo, conforme o Anuário da Justiça (site), a maior parte dos casos de ações com pedidos de danos morais são de ações consumeristas e trabalhistas. No caso de ações do direito do consumidor, o Estado vem tomando medidas para diminuir a quantidade da demanda, que foi a institucionalização do Procon, a onde compõem uma arbitragem entre as partes, a evitar que a demanda chegue no Judiciário.

Portanto, é certo que, diante a este aumento de ações relacionadas a pedidos de indenização por danos morais, vem ocorrendo desde a adequação deste instituto com a Constituição Federal, no qual proporcionou a base legal expressa para estes pedidos. Desta forma, conclui-se que, o Poder Judiciário tenta afunilar esse montante, criando jurisprudências de critérios objetivos sobre a quantificação dos danos morais, a evitar a banalização do pedido, como também vem formulando medidas arbitrárias, a evitar que chegue causas de mero aborrecimento no próprio Poder Judiciário.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a presente pesquisa buscou analisar pontos importantes a respeito dos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de demonstrar suas divergências quanto à caracterização e à aplicabilidade atual no ordenamento. Visto que, por ser um instituto jurídico

teoricamente recente, ainda permeia, de forma demasiada, critérios subjetivos nos julgados, diante da falta legislativa e jurisprudencial.

Com base na análise apresentada, observa-se que a compreensão destes torna-se mais clara ao se explorar seus aspectos gerais, desde o contexto histórico, no qual se destaca a importância da evolução interpretativa da responsabilidade civil exclusivamente patrimonial para a responsabilidade civil extrapatrimonial. Esta última foi objetivada apenas em 1988, com a constitucionalização dos danos morais, sendo respeitada por todos os julgados a partir de então.

Após o fenômeno da constitucionalização do instituto, destaca-se como ele é conceituado na legislação estrangeira e por diversos doutrinadores brasileiros. Denota-se que o entendimento jurisprudencial no exterior depende do sistema jurídico adotado. Por exemplo, nos países que seguem o “common law”, há uma tendência à indenização diante do fenômeno do “punitive damage”, o que gera precedentes a respeito. No que tange ao sistema “civil law”, semelhante ao brasileiro, tanto os doutrinadores estrangeiros quanto os brasileiros fundamentam o instituto com base no direito da personalidade, preocupando-se, portanto, em distanciar as questões que envolvem meros aborrecimentos do cotidiano.

No que se refere às funções, a análise partiu da verificação se a indenização segue fundamentos exclusivamente compensatórios, ou seja, respeitando o exato prejuízo aferido pela vítima, a fim de evitar o enriquecimento ilícito, podendo ser cumulativa com danos materiais ou lucros cessantes. Diante da responsabilidade civil vigente, esta é a função adotada pelo instituto. No entanto, na prática, observa-se que doutrinas e jurisprudências tendem à função punitiva, a depender da magnitude do caso concreto. Ou seja, essa divergência quanto à função do instituto é um ponto crucial para esclarecer como este deve ser interpretado no ordenamento.

Assim sendo, como já exposto, há uma relevante problemática relacionada ao elevado grau de subjetividade que permeia a interpretação e aplicação dos danos morais. Tal subjetividade manifesta-se na análise de cada caso, fortemente influenciada pelo princípio do livre convencimento motivado do juiz. Em razão da ausência de legislação específica ou de critérios claros para a fixação do valor indenizatório, os julgamentos acabam por se basear em parâmetros morais pessoais, o que compromete a uniformidade das decisões.

Outra consequência significativa decorre da indefinição quanto à função do dano moral e da inexistência de requisitos objetivos para sua quantificação. Esse cenário favorece o uso indiscriminado do instituto, muitas vezes aplicado a situações que não ultrapassam o campo dos meros aborrecimentos, resultando em indenizações desproporcionais e contribuindo para a banalização da tutela moral.

Tais constatações evidenciam a urgência na elaboração de normas e no fortalecimento da jurisprudência que tratem do tema com objetividade, sobretudo no que diz respeito à fixação do quantum indenizatório. É possível, inclusive, considerar como referência os parâmetros já estabelecidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ou em ordenamentos jurídicos estrangeiros, como o da Espanha, que oferecem diretrizes mais claras para a reparação moral.

Por fim, em relação à contribuição do artigo no campo jurídico, é notório que a discussão sobre os danos morais é essencial não apenas no ordenamento jurídico, mas também sob a ótica social, uma vez que, ao destacar esses pontos cruciais dos danos morais, evidencia-se a ausência de uniformidade nos julgados, o que pode gerar insegurança jurídica e incerteza quanto aos direitos que podem ser efetivamente pleiteados.

Além disso, outro ponto relevante demonstrado é a necessidade de critérios mais técnicos e fundamentados para a avaliação do dano moral, como a valorização de provas processuais específicas, a exemplo do depoimento pessoal das partes. Essa prática, amparada pelo princípio do livre convencimento motivado, pode contribuir para a superação de decisões marcadas por excessiva subjetividade e garantir maior justiça e previsibilidade às decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

AKIMBEKOVA, Meruert A; AKIMBEKOVA, Saida A; ZHOLDASBEK, M. Nusenova e TLEGENOVA, Fatima A. **Matters on Compensation of Moral Damage: Practical Aspects**. Caspian University, Almaty, Kazakhstan. International Journal Of Environmental & Science Education, vol. 11, nº 17, 2016. p. 1-8.

ALVIM, Agostinho, **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 162-164.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183-208.

BAETA, C. S. A BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DOS DANOS MORAIS:: O LIMITE DA MORAL. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 17, 2019. Disponível em: <https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/21>. Acesso em: 17 maio. 2025. p. 193.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p.162.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Meio Ambiente e Acesso a Justiça: Dano Moral Coletivo**. São Paulo, Instituto Planeta Verde, 10º Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2006. p. 195-196.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais, 4ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 34-37. ISBN: 978-85-02-22323-3.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **CONCEITO, FUNÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL**. Minas Gerais: Revista IBERC. 2019. p. 1-24.

BODIN, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, p. 67-222.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 jan. 2025.

BRASIL. **Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch)**. Tradução para o inglês. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html. Acesso em: 12 abril 2025.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil: secção 1. Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 jan. 1916**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 03 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 26 abril 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 85.205**. Rel: Ministro Sálvio de Figueiredo. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-1998_103_capQuartaTurma.pdf. Acesso em: 26 abril 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 227**. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 8 set. 1999. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf. Acesso em: 03 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 370**. Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 fev. 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/>. Acesso em: 03 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 388**. A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 1º set. 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/>. Acesso em: 03 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 498**. Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 13 ago. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27498%27.num.&O=JT>. Acesso em: 03 maio 2025.

- CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 55.
- CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS (CEJ), Conselho da Justiça Federal (CJF). **IV Jornada de Direito Civil: Enunciados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2006.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações. Responsabilidade civil. Vol. 2. 4ª edição**. São Paulo. Editora Saraiva. 2010, p. 284.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **Enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil**. “O dano moral indenizável não exige a comprovação de sentimentos humanos desagradáveis.” V Jornada de Direito Civil, Brasília: CJF, 2011. Disponível em: <https://ocivilista.com.br/2020/02/05/enunciados-por-ordem-numerica/>. Acesso em: 03 maio 2025.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, 39ª edição**. São Paulo: Saraiva Jur, 2025. v. 7. p. 92-93.
- GANDINI, Arthur. **Pedidos de indenização por danos morais e materiais são a maior demanda da Justiça**. Consultor Jurídico, 26 maio 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-26/pedidos-de-indenizacao-por-danos-morais-e-materiais-sao-a-maior-demanda-da-justica/>. Acesso em: 17 maio 2025.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil v.4 / carlos roberto gonçalves. - 18. ed.** - São Paulo: SaraivaJur, 2023. ePUB. p. 162-164. ISBN: 978-65-5362-841-0.
- REIS, Clayton. **A constitucionalização dos danos morais**. Revista Argumentum. v. 18 n. 3 (2017): SET.-DEZ./2017. Publicado no dia 02 de dez. 2020. p. 1-39. Disponível em: <https://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1448>. Acesso em 14 jan. 2025.
- REIS, Clayton. **Dano Moral** - 6ª edição, atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p 158-161. ISBN: 978-85-5321-429-7.
- RIVERA, Pedro Gómez. Compensation for moral damages in the event of a breach of the fundamental rights. **Belzuz**, 2018. Disponível em: <https://www.belzuz.net/pt/publicacoes/en-ingles/item/10714-compensation-for-moral-damages-in-the-event-of-a-breach-of-the-fundamental-rights.html>. Acesso em: 26 abril 2025.
- RODRIGUES, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston e ROCHA, Maria Vital. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 63 ss.
- RUBIN, Paul H. **COMMON LAW AND STATUTE LAW**. The Journal of Legal Studies , Jun., 1982, Vol. 11, No. 2 (Jun., 1982), p. 205-223. Published by: The University of Chicago Press for The University of Chicago Law School.
- SALDANHA, Rafael. **Brasil registra 9,6 mil processos por dano moral por dia em 2024, aponta CNJ**. CNN Brasil, 20 set. 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-registra-96-mil-pedidos-de-dano-moral-por-dia-em-2024-aponta-cnj/>. Acesso em: 17 maio 2025.
- SOUSA, Rabindran Valentino. **O direito geral de personalidade**. Imprensa: Coimbra, Coimbra Ed, 1995. p. 81-85. ISBN: 9723206773.
- SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. **Danos Morais no Brasil e Punitive Damages nos Estados Unidos e o Direito de Imprensa**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 200-202.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil, 5ª edição**. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2023. p. 362-364. ISBN 978-65-5964-791-0.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral. 7. ed.** Belo Horizonte. Del Rey, 2010, p. 2.

TJSP, **Apelação 572.483.5/9**, Acórdão 2693603, 13.^a Câmara de Direito Público, Franca, Rel. Des. Borelli Thomas, j. 18.06.2008, DJESP 12.08.2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral Das Obrigações E Teoria Geral Dos Contratos - Volume 2, 13ª edição**. São Paulo, Atlas, 2013, p. 351.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil. 4. ed.** São Paulo: Atlas, 2004. p. 258-259.

ZANINI, Leonardo Estevam. **O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE: DO SURGIMENTO AO RECONHECIMENTO NO BRASIL**. p. 91. ResearchGate, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/344379836_O_DIREITO_GERAL_DA_PERSONALIDADE_DO_SURGIMENTO_AO_RECONHECIMENTO_NO_BRASIL. Acesso em 22 de março de 2025.

O LIMITE DOS ADITIVOS CONTRATUAIS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Romulo Blecha VEIGA¹

RESUMO

Este artigo examina os limites dos aditivos contratuais na Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), com foco nos desafios vivenciados por gestores de pequenos municípios, especialmente na modalidade de Dispensa Eletrônica. A análise é baseada na experiência prática de servidores públicos de Paulo de Faria e região, utilizando uma abordagem descritiva e filosófica que valoriza o conhecimento empírico do cotidiano administrativo. A legislação estabelece que alterações unilaterais em contratos estão limitadas a 25% do valor inicial (ou 50% para reformas), sendo que a superação desses limites sem justificativa adequada é considerada irregular pelos tribunais de contas. O artigo também discute a possibilidade de acordos bilaterais permitirem acréscimos superiores, desde que não comprometam a competitividade do processo e tragam vantagens à Administração Pública. No caso das Dispensas Eletrônicas, o estudo argumenta que, devido à dinâmica de “mini pregão”, os limites percentuais devem ser interpretados de forma flexível, respeitando sempre a vantajosidade e a transparência. Conclui-se que a aplicação da lei deve priorizar a eficiência e o interesse público, evitando interpretações restritivas que dificultem a gestão. O artigo contribui para o debate prático e teórico sobre licitações públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 14.133/2021; Licitações; Limites; Aditivos Contratuais; Dispensa.

ABSTRACT

This article examines the limits of contractual amendments under the New Public Procurement Law (Law 14.133/2021), focusing on the challenges faced by managers in small municipalities, especially regarding the Electronic Waiver modality. The analysis is based on the practical experience of public servants in Paulo de Faria and surrounding areas, using a descriptive and philosophical approach that values empirical knowledge from daily administrative routines. The legislation establishes that unilateral changes to contracts are limited to 25% of the initial value (or 50% for renovations), and exceeding these limits without adequate justification is considered irregular by audit courts. The article also discusses the possibility of bilateral agreements allowing for higher increases, provided that competitiveness is not compromised and advantages are brought to the Public Administration. In the case of Electronic Waivers, the study argues that, due to the “mini-auction” dynamics, percentage limits should be interpreted flexibly, always respecting advantage and transparency. It concludes that the application of the law should prioritize efficiency and the public interest, avoiding restrictive interpretations that hinder management. The article contributes to the practical and theoretical debate on public procurement.

KEYWORDS: 14,133/2021; Public Procurement; Limits; Contract additives; Waiver.

1 INTRODUÇÃO

A compreensão dos limites e possibilidades dos aditivos contratuais na Nova Lei de Licitações é um desafio recorrente para os gestores públicos, especialmente em municípios de pequeno porte, onde as realidades locais impõem dinâmicas próprias ao processo licitatório.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Nesse contexto, torna-se fundamental analisar não apenas a legislação vigente, mas também a experiência cotidiana dos servidores que atuam diretamente nessa área.

O presente estudo busca promover uma reflexão sobre a aplicação prática da legislação de licitações, considerando tanto a vivência dos agentes públicos, contribuindo para a construção de soluções mais adequadas à realidade dos pequenos municípios.

Sabendo que a nova Lei de Licitações trouxe novos formatos às contratações públicas, o que por um lado deu “armas” aos gestores públicos para realizar suas contratações, porém por outro nasceram diversas incertezas que, muitas vezes, atrapalham a tomada de decisão, visto que ainda é muito inexplorado, com poucos casos práticos julgados pelos Tribunais, quando comparados com a Lei 8.666/1993.

Desse modo, a publicação de teses, como um estudo aprofundado da teleologia legal podem influir positivamente para os gestores e os pareceristas jurídicos que ainda se encontram afugentados em inovar nas formas de agir para garantir uma administração pública mais eficiente.

Por assim ser, o presente artigo aborta especificamente os limites impostos pela Lei 14.133/2021 comparada com os entendimentos trazidos nos tribunais de contas, em relação aos limites de quantitativos contratuais, porém com foco específico quando se trata de Dispensa Eletrônica.

A importância do tema se resvala na necessidade de a administração pública ter meios de proceder seus atos e contratos administrativos de forma vantajosa e segura sem se limitar em interpretações restritivas da Lei, que violam a própria teleologia legal.

2 METODOLOGIA

Trata-se de um estudo descritivo, com base no cotidiano dos agentes públicos envolvidos no processo licitatório do Município de Paulo de Faria, somado à troca de experiências correlatas de servidores da área que foram colhidas em eventos em comum sobre Licitações, abrangendo, principalmente, municípios de pequeno porte em áreas próximas, como Palestina, Icém, Orindiuva e Riolândia.

Para a análise se utilizou a metodologia da análise filosófica do direito sob a égide da ótica do conhecimento Popular Direto e imediato (dos servidores públicos): o conhecimento forma-se a partir de uma reflexão dos servidores públicos. Entretanto, o grau de reflexão aqui envolvido não ultrapassa a esfera do que é bastante familiar, daquilo com o que o sujeito já é acostumado, no caso o dia a dia dos envolvidos no processo licitatório. Os dados da experiência imediata é que dão base a essa reflexão, não permitindo que se possa formular uma regra geral do objeto. Assim, as coisas, os fatos, os fenômenos são intuídos pelo que apresentam imediatamente, não se buscando uma

verificação que atinja o fundo do problema. (SILVA, 2015)

Com a experiência prática imediata anteriormente colhida, utilizou-se o conhecimento Filosófico Valorativo: as hipóteses formuladas no nível filosófico partem da experiência e não da experimentação e, por isso, trazem as marcas do sujeito cognoscente (suas visões de mundo, seus princípios etc.). Desta forma, sempre se parte do questionamento formulado “qual o limite dos aditivos contratuais na Nova Lei de Licitações” para encontrar respaldo na realidade. (SILVA, 2015).

A metodologia adotada foi pensada em formas de se trazer o conhecimento comum dos servidores públicos da área de licitação, passando por uma análise valorativa, buscando uma resposta prático-teórica para os gestores e pareceristas públicos.

3 LICITAÇÕES E CONCEITO

A licitação possui natureza jurídica de procedimento administrativo, pois consiste em um conjunto ordenado de atos e manifestações do Estado que antecedem e fundamentam uma decisão administrativa. Esse procedimento é sempre vinculado, ou seja, uma vez estabelecidas as regras, o gestor público deve segui-las de forma rigorosa (CARVALHO FILHO, 2013, p. 237).

No Brasil, o procedimento licitatório tem como principais objetivos: (a) garantir o princípio constitucional da isonomia, permitindo que todos os interessados tenham a mesma oportunidade de contratar com o Estado, sob regras previamente definidas e aplicáveis de maneira igualitária; (b) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, promovendo a competição entre os participantes habilitados, o que resulta na obtenção da melhor oferta; e (c) fomentar o desenvolvimento nacional sustentável (AMORIM, 2024, p. 22), ao menos até o surgimento da Lei 14.133/2021, que trouxe os seguintes objetivos:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Segundo Mello (2009, p. 532-533), a realização da licitação depende de alguns pressupostos: (a) pressuposto lógico, que exige a existência de pluralidade de objetos e de ofertantes, pois, sem concorrência e variedade de opções, a licitação perde sua razão de ser; (b) pressuposto jurídico, que se verifica quando a licitação é, em tese, o meio mais adequado para atingir o interesse público, lembrando que a licitação é um instrumento para alcançar o melhor resultado para a Administração, e não um fim em si mesma. Assim, quando a licitação não for o

caminho mais eficiente para atender ao interesse público, a própria legislação autoriza a sua dispensa ou inexigibilidade; e (c) pressuposto fático, que consiste na existência efetiva de interessados em participar do certame, pois, na ausência de concorrentes, não há como realizar o procedimento licitatório.

4 DAS ALTERAÇÕES E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Administração tem o poder de alterar unilateralmente os contratos administrativos, desde que essa alteração seja decorrente de um fato ocorrido ou conhecido após a contratação e que seja para melhor adequação às finalidades de interesse público ²

No entanto, como se trata de uma cláusula exorbitante, deve ser usada com cautela e sempre acompanhada da justificativa ³. A Administração não deve banalizar o uso dessa prerrogativa de modo a se eximir do seu dever de realizar um planejamento adequado da contratação, especialmente no que diz respeito às estimativas de quantidades a serem contratadas.

Nos termos da Lei os limites impostos na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 são:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;

b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

[...]

Art. 125. Nas alterações unilaterais **a que se refere o inciso I** do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas **condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25%** (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, **o limite para os acréscimos será de 50%** (cinquenta por cento)⁴

Desta forma, existem duas formas interpretativas quanto ao art. 125, uma restritiva e outra ampliativa.

A restritiva, frequentemente adotada pelos Tribunais em razão de seu caráter inerente fiscalizatório restritivo, adotam o posicionamento de que são limites fixos, para todas as situações, contudo, em razão da especificidade de menção do fato de ser uma alteração unilateral, haveria margem de discussão para dizer que o limite poderia ser sobreposto caso se tratasse de um acordo bilateral.

A discussão e crítica ao posicionamento rígido dos tribunais é necessário para se encontra a

2 BRASIL, Lei 14.133/2021; e enunciados dos Acórdãos 3576/2019-TCU-Primeira Câmara, e 2619/2019, 170/2018 e 1137/2017, todos do Plenário do TCU. [S.l.]: [s.n.], 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 28 março 2025.

3 BRASIL, Lei 14.133/2021, e Acórdão 1597/2010-TCU-Plenário, item 9.2.24. [S.l.]: [s.n.], 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 28 março 2025

4 BRASIL, Lei 14.133/2021;. [S.l.]: [s.n.], 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 28 março 2025.

solução que mais se adequa a teoria à prática, como bem lembra o doutrinador Rigolin (2022, p. 15):

Difícilmente apenas a adulação e os comentários diplomáticos ao legislador e à lei impulsionam a evolução do direito, uma vez que somente o confronto de ideias e o debate de propósito honesto e construtivo, somente desse modo o ambiente jurídico se refina e se esmera.

Como base temos o Processo: TC-024118/026/03 do Relator - Conselheiro Antonio Roque Citadini 32ª Sessão Ordinária Da Segunda Câmara, que na análise verificou:

A UR-3 verificou irregularidades, a saber: a ocorrência das seguintes irregularidades, a saber:

- **ausência de justificativa para o aumento de 300% no quantitativo dos serviços de varrição**, violando as disposições do artigo 65 da Lei de Licitações, sendo que o previsto no contrato originário era de 800 km/mÊs, tendo sido elevado para 2.400 km/mês;

- **ausência de consulta ao mercado antes de proceder à renovação do ajuste**. Concessão de reajuste sobre **preço considerado irregular** por este Tribunal, e

- ausência de justificativa para valer-se da prerrogativa concedida pelo parágrafo 4º do artigo 57 da Lei de Licitações (prorrogação do contrato além de 60- meses), **tratando a renovação contratual como situação normal e não excepcional como deveria ser**.

[...]

ATJ, engenharia, sob os e **aspectos econômicos, jurídicos**, de sua Chefia, manifestaram-se pela irregularidade dos termos aditivos, pois **não restou comprovado que os valores praticados correspondem aos de mercado**. (grifo nossos)

Posteriormente no mesmo julgado o órgão técnico opinou da seguinte forma:

Por fim, a SDG, também, manifestou-se da mesma forma, pela irregularidade da matéria, pois os referidos aditamentos encontram-se contaminados pelos vícios constatados no anterior aditamento (nº 38/06), e o acréscimo resultante nos serviços de varrição de vias e logradouros em 300%, além de não justificado, não foi acertado, **pois estabelecido acima do limite legal dos 25%, previstos pelo artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93**. (grifos nossos)

Do voto do Conselheiro Relator, deu-se os seguintes enfoques:

A Municipalidade manteve-se silente diante das irregularidades apontadas pela Fiscalização, ATJ, e SDG, relativas ao Termo Aditivo nº 23, que teve um acréscimo nos serviços de varrição de vias e logradouros em 300%, acima do limite legal dos 25% previstos pelo artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/931, **e sem justificativas para tanto**, e ao Termo Aditivo nº 60/08, **não restando demonstrada a economicidade e a vantajosidade do ajuste**, em contrariedade ao artigo 57, II da Lei nº 8.666/93. (grifos nossos)

Desta forma, como anteriormente dito, os tribunais tem um entendimento que a mera extrapolação dos 25% em aditivo configura transgressão ao limite legal, contudo, o caso em tela é possível verificar que por diversas vezes tanto o órgão técnico quanto o Conselheiro Relator, infirmaram constantemente vários aspectos, dentre eles a falta de consulta de mercado, que gerou preços em desconformidade com os ofertados no mercado, prorrogação por prazos além daqueles previstos na lei o que é considerado tempo hábil suficiente até para o surgimento de novas tecnologias e até o surgimento de novas empresas que possam competir em novo certame, podendo ofertar melhores preços ou formas de execução de serviço, por isso a existência de uma limitação temporal e principalmente a falta de justificativa e não demonstração da economicidade e

vantajosidade do ajuste.

Contudo, a mera extrapolação do limite de 25% não se mostrou como ponto crucial, em que pese no caso tenha superado 3 vezes o valor da própria licitação, o que é desarrazoado.

Nos acordos bilaterais não há a previsão, diferentemente das unilaterais, a possibilidade de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos seguintes termos:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo entre as partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.⁵

Desta forma, dependeria de uma interpretação ampliativa a concepção de um aditivo contratual, superior ao limite de 25%, desde que em acordo bilateral entre as partes.

Contudo, até mesmo esse posicionamento tem seus limites, pois caso a administração pública realize uma licitação, propositadamente ou não, em quantidades inferiores e posteriormente aumente mais de 25% do objeto em razão de acordo bilateral com o vencedor do certame, claramente poderá prejudicar o caráter concorrencial, eis que os demais licitantes poderiam ter revisto seu valor de oferta em decorrência de maior quantitativo de itens a serem fornecidos.

Por outro lado, eventualmente a administração é constantemente “atacada” por situações às quais não estava preparada, tendo que recorrer constantemente aos acréscimos contratuais, desta forma, seria prejudicial para a administração pública, eventualmente, ter de realizar uma nova licitação, com grandes prazos de publicação, proposta, habilitação e adjudicação até que se tenha um novo vencedor apenas para cobrir uma eventual diferença de quantitativos que poderiam ser aditados na licitação anterior.

Desta forma, a ideal aplicação da interpretação legislativa deve ser a de que o licitante é obrigado a aceitar, de forma unilateral, até os limites de 25%, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, enquanto que poderá ser ultrapassado o limite, desde que o valor ultrapassado não justifique a abertura de nova licitação, sendo mais vantajosos para a administração o aditivo contratual, porém de forma bilateral

5 Ibid.

e poderão haver condições contratuais diversas.

O Tribunal tem deixado de lado a priorização do limite legal de 25% em contraposição à desvantajosidade de nova contratação, como demonstrado no Acórdão 266/2024 – TCU:

[Enunciado] O aditamento de contratos de supervisão de obras além do limite legal de 25% afronta o art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 e o art. 125 da Lei 14.133/2021, ainda que tal aumento seja fruto de prorrogação de prazo na execução da obra supervisionada, devendo-se adotar medidas tempestivas com vistas a realizar nova contratação de supervisão, **ressalvada a inequívoca comprovação de desvantajosidade da medida, o que deverá ser devidamente justificado.** (grifo nosso)

Em que pese o Manual Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do Tribunal de Contas da União transcorra de forma diversa (2024, p. 908):

As alterações contratuais, tanto quantitativas quanto qualitativas, devem respeitar os limites estabelecidos nos arts. 125 e 126 da Lei 14.133/2021. Isso significa que elas não podem transfigurar o objeto da contratação e devem observar o limite de acréscimo de 25% do valor do contrato atualizado (inclusos, portanto, eventuais reajustes, repactuações ou recomposições) de obras, serviços ou compras, ou de 50% no caso de reforma de edifício ou de equipamento, mantendo as condições originais do contrato

[...]

Para supressões unilaterais, o limite a ser observado é de 25%, em qualquer caso. Portanto, supressões superiores a esse limite só podem ser realizadas por consenso entre as partes, desde que não transfigure o objeto da contratação. Além disso, nas supressões unilaterais de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e os colocado no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente reajustados, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados

[...]

Quanto aos acréscimos de obras e serviços, excepcionalmente podem ultrapassar os limites da Lei, desde que sejam consensuais e quando preenchidas, cumulativamente, as condições estabelecidas na Decisão 215/1999 - TCU - Plenário, [...]

Além disso, há ainda outra questão, a inovação trazida na Lei nº 14.133/2021 quanto a modalidade da Dispensa Eletrônica inovou o formato da dispensa, alvo de críticas e elogios, visto que há uma espécie de “mini pregão” nas dispensas eletrônica, mantendo-se o formato padrão apenas nas compras diretas.

Desta forma, as dispensas até os limites dos incisos I e II sofrem uma “mini disputa”, o que descaracteriza o próprio conceito da dispensa, vejamos os limites:

Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;⁶

Tendo em vista que poderia ser feito compra direta nestes valores, desde que fosse regulamentado por ato administrativo da autoridade máxima na esfera do ente licitante, não faria sentido limitar aditivos contratuais para as dispensas, visto que o próprio contrato é dispensável nas

6 Ibid.

dispensas:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, **salvo** nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I - dispensa de licitação em razão de valor;

II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei.

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).⁷

Por assim ser, eventual contrato realizado em Dispensas Eletrônicas, em razão de terem sofrido a disputa pela melhor oferta, bem como por haver possibilidade de compra direta e inclusive nem sequer ser obrigatório o contrato, não pode a administração pública ser prejudicada por uma interpretação limitante da Lei, desta forma, no caso das dispensas, pode ela ser aditada até o limite do valor previstos nos respectivos incisos I e II do art. 75, independente do porcelito aditado contratualmente.

Não se pode tomar a norma um absoluto indissociável da realidade. Por muitas vezes o legislador pouco vive a realidade dos municípios pequenos, competindo ao Tribunal de Contas ser o intermediário e conciliador entre a correta aplicação e a falta de praticidade da norma. As normas são limitadoras e ao mesmo tempo balizadores de uma finalidade, sem finalidade não se usa a norma, sem seu uso nada ela limita. Por assim ser, deve o Tribunal de Contas “escutar” os gritos dos municípios quando confrontados com a aplicação das normas e não apenas ser o algoz de sua aplicação restrita, assim como já alertava Rigolin (2022, p.15).

Não mais se admite a mansa atitude do cordeiro das instituições, se é que algum dia se admitiu, como aplicação real do direito, mal e autoritariamente traduzida da regra legal. Tal última atitude é, ademais, de efêmera duração. Nada que não seja fundamentado com solidez e convicção, mas apenas o exercício da autoridade institucional não correspondida com autoridade técnica, tem vida longa, nem permanência considerável. Quem resiste à argumentação razoável e lógica, alicerçada nos valores estáveis que regem a vida do homem no planeta, em breve estará falando com seus botões, e a eles dando ordens. Quem renegar a natureza das instituições, desdenhar a verdade que todos veem e pretender aos subordinados impor a sua, este é de esperar que a qualquer momento despenque da artificialidade que erigiu em torno de si, a qual evoca o bíblico bezerro de ouro que os seguidores de Moisés erigiram para adorar enquanto o líder não descia do Monte Sinai. Não vai longe.

A falta de sensibilidade da norma com a realidade pode gerar uma contradição inata em sua própria principiologia. Como previsto na Lei de Licitações 14.133/2021, são princípios:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da **legalidade**, da impessoalidade, da **moralidade**, da publicidade, da **eficiência**, do **interesse público**, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da **eficácia**, da segregação de funções, da **motivação**, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da **razoabilidade**, da competitividade, da proporcionalidade, da

7 Ibid.

celeridade, da **economicidade** e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (grifo nosso).

Partindo de uma análise principiológica das licitações e contratos administrativos derivados, iniciando pela legalidade, esta não é um princípio restritor, de acordo com Amorim (2017, p. 31-32) é necessário adotar uma postura ponderada ao interpretar a aplicação do princípio da legalidade nos procedimentos licitatórios. Uma visão estritamente literal desse princípio levaria o administrador público a limitar sua atuação à simples observância do texto legal, sem qualquer juízo de valor ou análise do contexto, o que reduziria o papel da Administração à execução mecânica de comandos normativos. No entanto, a atividade administrativa vai além do cumprimento literal da lei, o administrador deve compreender que a norma escrita é um instrumento para alcançar o verdadeiro objetivo das ações estatais: o interesse público.

Assim, não se pode afirmar que a Administração deva agir apenas com base na literalidade da lei. O comportamento administrativo deve estar fundamentado na norma jurídica, que é resultado de um processo interpretativo do gestor, envolvendo critérios de legitimidade e finalidade. Atualmente, o princípio da legalidade é entendido como um vínculo da Administração a todo o sistema normativo, abrangendo tanto os princípios constitucionais explícitos (como moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e isonomia) quanto os implícitos (como razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé objetiva e supremacia do interesse público), além das normas constitucionais e legais vigentes e da necessidade de atender às demandas sociais.

Já o princípio da eficiência orienta a Administração Pública a buscar a máxima otimização de suas ações, promovendo a excelência nos resultados e a utilização racional dos recursos, ou seja, “fazer mais com menos”. A partir desse conceito, surge a ideia de formalismo moderado, que visa superar a exigência de uma interpretação excessivamente rigorosa e literal das normas legais, evitando um formalismo exacerbado e desnecessário que possa comprometer o andamento dos processos licitatórios (FURTADO, 2015, p. 36). Dessa forma, a licitação é compreendida como um instrumento, um meio para atingir o interesse público, e não como um fim em si mesma — entendimento corroborado tanto pelo STF quanto pelo STJ.

No contexto atual da hermenêutica jurídica conforme Amorim (2017, p. 33-34), não se admite mais uma postura marcadamente formalista por parte do administrador público. É fundamental que a atuação administrativa seja orientada por uma visão mais ampla e sistêmica do Direito, pautada pela juridicidade e não apenas pela legalidade estrita. A lei, portanto, não deve ser encarada como um fim em si mesma ou interpretada de forma dissociada da razoabilidade e da finalidade pública que deve nortear toda ação estatal.

Em síntese, o procedimento licitatório não deve ser reduzido a uma mera sequência de

etapas formais, desprovidas de sentido prático. As decisões e interpretações dos agentes públicos devem estar sempre voltadas à promoção da eficiência, da economicidade e da obtenção do melhor resultado possível para a Administração, sem deixar de lado os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

A Dispensa de Licitação é a modalidade que melhor garante o pronto atendimento a uma necessidade esporádica ou emergencial e para a realidade dos municípios pequenos, cuja competência é a execução da política pública, é onde se encontram concentradas todas as demandas sociais, políticas e administrativas, sendo assim, até mesmo o “esporádico” ou “emergencial” é mais frequente do que Entes ou unidades administrativas que se afastam do público alvo da política pública.

O próprio Governo Federal realiza de forma expressiva a utilização da modalidade, conforme estudo realizado por Mestres e Doutores da USFC (TRILHA; ALVES; NUNES, 2018, p. 78-80):

Tabela 2 – Compras por modalidade na IFES

Ano	Modalidade de compra	Quantidade compras	Percentual
2012	Convite	3	0,14%
	Tomada de Preços	10	0,45%
	Concorrência	7	0,32%
	Pregão	165	7,49%
	Dispensa de Licitação	1.916	87,01%
	Inexigibilidade de Licitação	101	4,59%
2013	Tomada de Preços	3	0,17%
	Concorrência	2	0,11%
	Pregão	158	8,70%
	Dispensa de Licitação	1.559	85,85%
	Inexigibilidade de Licitação	94	5,18%
2014	Pregão	174	12,76%
	Dispensa de Licitação	1.151	84,38%
	Inexigibilidade de Licitação	39	2,86%

Fonte: Elaborado pelos autores a partir de Brasil (2015a)

Tabela 3 – Compras por modalidade realizadas pelo setor responsável por compras de material de consumo da IFES

Ano	Modalidade de compra	Quantidade compras	Percentual
2014	Pregão	133	40,30%
	Dispensa de Licitação	175	53,03%
	Inexigibilidade de Licitação	22	6,67%

Fonte: Elaborado pelos autores a partir dos dados coletados durante a pesquisa

Tabela 1 – Compras por modalidade nos órgãos do Governo Federal

Ano	Modalidade de compra	Quantidade compras	Percentual no Ano
2012	Convite	1.019	0,37%
	Tomada de Preços	2.185	0,79%
	Concorrência	1.961	0,71%
	Concorrência Internacional	58	0,02%
	Pregão	65.156	23,57%
	Dispensa de Licitação	180.994	65,47%
	Inexigibilidade de Licitação	25.058	9,06%
	Concurso	16	0,01%
2013	Convite	791	0,29%
	Tomada de Preços	1.935	0,72%
	Concorrência	1.814	0,67%
	Concorrência Internacional	52	0,02%
	Pregão	71.229	26,35%
	Dispensa de Licitação	168.152	62,21%
	Inexigibilidade de Licitação	26.313	9,73%
	Concurso	24	0,01%
2014	Convite	596	0,24%
	Tomada de Preços	1.785	0,72%
	Concorrência	1.341	0,54%
	Concorrência Internacional	61	0,02%
	Pregão	69.237	28,03%
	Dispensa de Licitação	145.447	58,89%
	Inexigibilidade de Licitação	28.474	11,53%
	Concurso	45	0,02%

Fonte: Elaborado pelos autores a partir de Brasil (2015a)

O real problema do uso das dispensas não é o uso em si ou sua aplicação “desconforme” – refere-se a tese defendida no artigo - desde que justificado, mas sim a falta de justificação em si ou de forma insuficiente.

Segundo Daniel Barcelos Vargas, Beatriz Guimarães Menezes e Isa Mota Rangel (2021), uma justificativa de dispensa de licitação só pode ser considerada suficiente quando apresenta, de forma clara e estruturada, três elementos fundamentais:

Base normativa: É imprescindível que a justificativa indique explicitamente a lei, decreto ou norma que autoriza a dispensa de licitação.

Circunstância fática: Deve-se descrever detalhadamente a situação concreta que motivou a contratação direta, como casos de emergência, escassez de fornecedores ou aumento inesperado da demanda.

Nexo entre norma e fato: É necessário demonstrar de que modo a situação apresentada se enquadra na previsão legal, justificando por que a contratação direta é a solução adequada para aquele caso específico.

Por outro lado, são consideradas insuficientes as justificativas que apenas mencionam genericamente a existência de uma lei ou artigo, sem detalhar as circunstâncias do caso, não analisam as particularidades da situação ou deixam de explicitar a relação entre o fato enfrentado e a norma utilizada.

Os pesquisadores analisaram processos de dispensa de licitação realizados entre agosto e setembro de 2020 em todos os 26 estados brasileiros e no Distrito Federal. O levantamento revelou um padrão nacional: a maioria das justificativas apresentadas era genérica e, portanto, insuficiente, gerando o seguinte resultado:

ESTADOS	ANALISADOS	JUSTIFICATIVAS SUFICIENTE	JUSTIFICATIVAS INSUFICIENTE
Acre	07	04	03
Alagoas	04	-	04
Amapá	04	01	03
Amazonas	06	02	04
Bahia	06	-	06
Ceará	05	01	04
Espírito Santo	05	02	03
Goiás	05	-	05
Maranhão	04	01	03
Mato Grosso	05	04	01
Mato Grosso do Sul	04	01	03
Minas Gerais	05	-	05
Pará	06	02	04
Paraíba	02	-	02
Paraná	04	03	01
Pernambuco	05	-	05
Piauí	04	01	03
Rio Grande do Norte	02	-	02
Rio Grande do Sul	03	02	01
Rondônia	06	04	02
Roraima	04	-	04
Santa Catarina	04	04	-
São Paulo	10	10	-
Sergipe	04	-	04
Tocantins	02	02	-
Distrito Federal	01	01	-

Tabela 3: Fonte: Vargas, Menezes e Rangel; 2021, p. 163-164

Do resultado encontrado, de 117 processos analisados 72 foram tidos como insuficientes e 45 como suficientes, o que representa apenas 38% de processos devidamente motivados, sendo a motivação um dos principais princípios norteadores da aplicação das teorias jurídicas interpretativas

da Lei para resolução dos problemas insurgentes.

Com a conceituação aplicada, a impossibilidade de aditar acima do limite legal unilateral por falta de previsão expressa nos acordos bilaterais é tão somente uma interpretação restritiva que vê a Lei como uma finalidade em si, existe para ser bela e teórica apenas, o que por si só viola os próprios princípios elencados ao não denotar o contexto fático que o administrador analisa ao determinar o interesse público, a motivação e a razoabilidade de seu ato para atingir a eficácia e eficiência necessária, para que aí sim seja cumprido a legalidade.

Não se pode inferir que um termo lavrado nos autos licitatórios e aditado ao contrato de maneira publicizada contrarie o princípio da moralidade que impõe ao administrador e aos licitantes que pautem sua atuação nos padrões jurídicos da moral, da boa-fé, da lealdade e da honestidade, visto que foi observado a melhor vantajosidade administrativa e respeitado as condições inicialmente pactuadas (valores ofertados) pelo licitante, conforme ACÓRDÃO 2196/2017 do Plenário do Tribunal de Contas da União:

Acórdão

VISTA, relatada e discutida esta auditoria realizada para avaliar a legalidade e legitimidade da utilização dos recursos referentes a Termo de Compromisso firmado entre o Ministério das Cidades, representado pela Caixa Econômica Federal, e o Município de São Paulo, destinado à transferência de recursos financeiros da União para a execução do Corredor Perimetral Bandeirantes - Salim Farah Maluf.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno e o art. 7º da Resolução-TCU 265/2014, em:

[...]

9.2. determinar à Caixa Econômica Federal que, na hipótese de vir a ser assinado o contrato decorrente da licitação RDC Presencial 004/15/SIURB, promovida pela Prefeitura Municipal de São Paulo, inerente ao Termo de Compromisso 0445.951-21/2014, assegure que seus eventuais termos aditivos mantenham o desconto original obtido por ocasião da licitação, em relação ao preço referencial, em favor da Administração;

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos limites para aditivos contratuais na Lei nº 14.133/2021 evidencia a necessidade de equilíbrio entre o rigor legal e a eficiência administrativa. Embora a legislação imponha limites claros para alterações unilaterais, especialmente o percentual de 25% (ou 50% em reformas), a experiência prática e a jurisprudência demonstram que a simples superação desses limites não deve ser encarada, isoladamente, como irregularidade absoluta. O contexto, a justificativa, a vantajosidade e a economicidade devem ser criteriosamente avaliados, sobretudo em situações imprevisíveis ou excepcionais que demandam ajustes contratuais para garantir o interesse público.

No âmbito dos acordos bilaterais, a ausência de limites expressos abre espaço para interpretações ampliativas, desde que não haja prejuízo à concorrência e que as alterações sejam

justificadas e vantajosas para a Administração. Já nas dispensas eletrônicas, a inovação do “mini pregão” e a própria natureza da contratação direta flexibilizam ainda mais a aplicação dos limites percentuais, permitindo aditivos até o valor máximo previsto para a modalidade, desde que observados os princípios da transparência e da eficiência.

Portanto, a adequada aplicação da Lei 14.133/2021 requer sensibilidade do gestor público para evitar tanto a banalização dos aditivos quanto a rigidez excessiva que possa comprometer a execução contratual e o atendimento ao interesse público. O debate sobre o tema permanece relevante, exigindo constante atualização e reflexão por parte dos operadores do direito e dos agentes públicos.

O estudo desenvolvido sobre os limites e possibilidades dos aditivos contratuais à luz da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021) evidencia a complexidade do tema, especialmente diante das realidades vivenciadas por municípios de pequeno porte. A análise demonstrou que, embora a legislação busque conferir maior segurança, transparência e eficiência ao processo licitatório, sua aplicação prática ainda encontra desafios significativos, sobretudo pela ausência de uma jurisprudência consolidada e pelo distanciamento entre a norma e as necessidades cotidianas dos gestores públicos.

A experiência dos agentes municipais, captada neste trabalho, revela que a rigidez interpretativa dos tribunais de contas quanto aos limites de aditivos, especialmente o percentual de 25% para alterações unilaterais, nem sempre se mostra compatível com a dinâmica e as urgências da administração pública local. Situações excepcionais, muitas vezes imprevisíveis, exigem flexibilidade e soluções céleres, sob pena de comprometer o interesse público e a continuidade dos serviços essenciais.

A pesquisa também evidencia que a inovação trazida pela modalidade de Dispensa Eletrônica, apesar de ampliar a competitividade e transparência, ainda carece de melhor compreensão quanto à possibilidade de aditivos contratuais, visto que a própria legislação prevê situações em que sequer há obrigatoriedade de formalização contratual. Assim, limitar de forma absoluta o percentual de aditamento nessas hipóteses pode ser prejudicial à administração, principalmente quando a contratação direta é autorizada e a disputa eletrônica já garante a vantajosidade do ajuste.

Diante desse cenário, destaca-se a necessidade de uma interpretação sistêmica e finalística da Lei de Licitações, que considere não apenas o texto legal, mas também os princípios que regem a administração pública, como a eficiência, a economicidade, a razoabilidade e o interesse público. O formalismo moderado deve prevalecer, permitindo que o gestor público, devidamente fundamentado e transparente em seus atos, possa adotar soluções que melhor atendam à

coletividade, sem incorrer em ilegalidades ou desvirtuar o objeto contratado.

Portanto, conclui-se que a aplicação dos limites de aditivos contratuais deve ser orientada não apenas pela literalidade da lei, mas também pela análise do contexto fático, pela motivação adequada dos atos administrativos e pela busca constante da vantajosidade e eficiência para a administração. O papel dos tribunais de contas, nesse sentido, deve ser o de orientar e equilibrar a aplicação da norma, considerando as peculiaridades dos pequenos municípios e promovendo um ambiente jurídico mais seguro, pragmático e alinhado à realidade do serviço público.

Assim, espera-se que a discussão aqui proposta contribua para o amadurecimento das práticas administrativas e para o desenvolvimento de entendimentos mais flexíveis e coerentes, capazes de garantir tanto a legalidade quanto a efetividade das contratações públicas, especialmente nos municípios de menor porte, onde cada decisão pode ter impacto significativo na gestão dos recursos e na vida da população.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de; **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, ISBN: 978-85-7018-867-0; 2017.

BRASIL, Lei 14.133/2021; e **enunciados dos Acórdãos 3576/2019-TCU-Primeira Câmara, e 2619/2019, 170/2018 e 1137/2017, todos do Plenário do TCU**. [S.l.]: [s.n.], 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 28 março 2025.

BRASIL, Lei 14.133/2021, e **Acórdão 1597/2010-TCU-Plenário, item 9.2.24**. [S.l.]: [s.n.], 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 28 março 2025

BRASIL, **Lei 14.133/2021**;. [S.l.]: [s.n.], 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 28 março 2025.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. 5ª Edição, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2024.**

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Lei 14.133/2021 comentada: uma visão crítica**. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SILVA, Airton Marques da. **Metodologia da pesquisa** / Airton Marques da Silva. – 2.ed. rev. – Fortaleza, CE: EDUECE, 2015. 108 p. : il; 20,0 x 25,5cm. Inclui referências. ISBN: 978-85-7826-568-7 1. Pesquisa – Metodologia. 2. Ciência – Metodologia. CDD: 001.42; disponível em: https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/432206/2/Livro_Metodologia%20da%20Pesquisa%20%20Comum%20a%20todos%20os%20cursos.pdf. Acesso em: 28 de março de 2025.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Conselheiro Antonio Roque Citadini. 32ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, dia 09 out. 2018. Item: 34. Processo: TC-

024118/026/03.

TRILHA, Carla Cristina da Silveira; ALVES, Guilherme Krause; NUNES, Rogério da Silva. **Avaliação dos processos de compras com dispensa de licitação: estudo em uma universidade federal.** Navus, Florianópolis, v. 8, n. 2, p. 73-86, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22279/navus.2018.v8n2.p73-86.617>. Acesso em: 27 jun. 2025.

TCU. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União.** 5ª Edição, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2024. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/16/04/09/B2/2DEB19104CE08619E18818A8/Licitacoes-e-Contratos-Orientacoes-e-Jurisprudencia-do-TCU-5a-Edicao.pdf>. Acesso em: 04 abril de 2025.

TCU. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Riscos e Controles nas Aquisições. Publicado pelo Acórdão 1321/2014-TCU-Plenário.** Brasília: Tribunal de Contas da União, 2014. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/arquivosrca/ManualOnLine.htm>. Acesso em: 28 março de 2025.

TCU. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Número do Acórdão 2196/2017 – Plenário; Relator José Mucio Monteiro; Processo 014.461/2017-0; Tipo de processo RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA) Data da sessão 04/10/2017;** Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:2196%20ANOACORDAO:2017%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0.

VARGAS, Daniel Barcelos; MENEZES, Beatriz Guimarães; RANGEL, Isa Mota. **Dispensas de licitação durante a COVID-19: como os estados brasileiros motivam suas decisões?** Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 1, p. 126-181, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v7i1.607>. Acesso em: 27 jun. 2025.

OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E O LIMITE ÉTICO DA DEFESA TÉCNICA NA ADVOCACIA

Edinilson Donisete MACHADO¹

Isadora Ribeiro CORREA²

Thiago Bortotti VILLA

RESUMO

O presente artigo aborda a tensão ética e jurídica existente entre o direito à ampla defesa e a prerrogativa do advogado, especialmente o dativo, de recusar o patrocínio de causas que conflitem com os direitos humanos. O estudo parte da concepção da advocacia como função essencial à justiça, com ênfase em uma atuação humanizada e comprometida com os valores constitucionais da dignidade e da igualdade. O problema central da pesquisa é a compatibilidade entre o dever institucional de defesa e a liberdade de consciência do advogado. O objetivo é compreender, com base em fundamentos normativos e filosóficos, a legitimidade da objeção de consciência como expressão ética e instrumento de resistência à instrumentalização do direito. O método utilizado é o dedutivo, com análise bibliográfica e normativa. Conclui-se que o direito de recusa e a adoção de práticas que evitem a revitimização das partes vulneráveis são condições indispensáveis para uma advocacia verdadeiramente comprometida com a justiça social e os direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia dativa; Objeção de consciência; Direitos humanos; Ética profissional; Ampla defesa.

ABSTRACT

This article addresses the ethical and legal tension between the right to a full defense and the prerogative of lawyers, particularly public defenders and court-appointed attorneys, to refuse to represent cases that conflict with human rights. The study is based on the concept of advocacy as an essential function of justice, with an emphasis on humane practice committed to the constitutional values of dignity and equality. The central issue of the research is the compatibility between the institutional duty of defense and the lawyer's freedom of conscience. The objective is to understand, based on normative and philosophical foundations, the legitimacy of conscientious objection as an ethical expression and an instrument of resistance to the instrumentalization of the law. The method used is deductive, with bibliographical and normative analysis. It concludes that the right to refuse and the adoption of practices that avoid the revictimization of vulnerable parties are indispensable

- 1 Possui graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1987), Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2000) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Atualmente é professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM e da Universidade Estadual Norte do Paraná, na graduação e na pós-graduação. No UNIVEM é Coordenador do curso de graduação em Direito, Coordenador dos Programas Lato Sensu em Direito e Vice Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, onde também faz parte da Comissão de Pesquisa do Campus de Jacarezinho. Foi Procurador Seccional da União em Marília e Diretor da Faculdade de Direito, da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Tem experiência na gestão acadêmica e na docência superior na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando, principalmente, nos seguintes temas: Direitos Fundamentais, Jurisdição, Hermenêutica Constitucional e em Direito Administrativo.
- 2 Doutoranda (2024-atual) e Mestra (2023) em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, com Área de Concentração em 'Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão'. Bolsista de Pós-Graduação CAPES - Doutorado (03/2025-atual). Especialização lato sensu em andamento em Direito e Processo do Trabalho, pela Faculdade Legale (2025-atual). Foi bolsista de Pós-Graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES durante o Mestrado, com dedicação exclusiva (2022-2023). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2022). Integrante do Grupo de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais (2024-atual), desenvolvido na UENP. Possui experiência de pesquisa e produção científica em Direito Penal I e II e Criminologia, e experiência de docência em Direito Penal I e II, Criminologia e Processo Civil. Advogada atuante em litígios de Direito das Famílias e Direito do Trabalho, e em conciliações e negociações extrajudiciais. Contato: correa.isadoraribeiro@gmail.com.

conditions for a legal profession truly committed to social justice and fundamental rights.

KEYWORDS: Public defense; Conscientious objection; Human rights; Professional ethics; Due process.

INTRODUÇÃO

A advocacia, especialmente a dativa, como função essencial à administração da justiça (art. 133 da Constituição Federal), carrega consigo um papel transformador na sociedade. Mais do que garantir o acesso ao Poder Judiciário, é dever do advogado contribuir para a construção de uma sociedade que respeite e promova os direitos fundamentais.

O exercício da advocacia, além de essencial à administração da justiça, possui a responsabilidade moral e jurídica de zelar pelos direitos humanos, especialmente dos grupos historicamente vulnerabilizados, como mulheres, pessoas pretas, povos originários, pessoas LGBTQIAPN+, pessoas com deficiência, entre outros.

Este artigo explora a importância de uma advocacia pautada pela perspectiva humanizada e que promova a defesa dos direitos fundamentais, analisando os desafios éticos e jurídicos enfrentados por advogados ao atuar em casos que envolvam minorias.

No âmago do Estado Democrático de Direito, o princípio da ampla defesa emerge como um pilar inegociável, assegurando que todos, independentemente da gravidade de suas ações, tenham acesso à Justiça e a uma defesa técnica engajada. Entretanto, o direito de todos à defesa muitas vezes colide com outro direito igualmente fundamental: o direito do advogado de exercer a profissão em conformidade com sua consciência e com os princípios éticos que norteiam sua atuação.

Essa tensão adquire contornos ainda mais sensíveis no âmbito da advocacia dativa, que, por sua natureza, lida diretamente com a população vulnerabilizada e frequentemente se depara com casos que desafiam os próprios fundamentos dos direitos humanos.

O estudo parte da concepção da advocacia como função essencial à justiça, com ênfase em uma atuação humanizada e comprometida com os valores constitucionais da dignidade e da igualdade. O problema central da pesquisa é a compatibilidade entre o dever institucional de defesa e a liberdade de consciência do advogado.

O objetivo é compreender, com base em fundamentos normativos e filosóficos, a legitimidade da objeção de consciência como expressão ética e instrumento de resistência à instrumentalização do direito. O método utilizado é o dedutivo, com análise bibliográfica e normativa.

O problema central da pesquisa é a compatibilidade entre o dever institucional de defesa e

a liberdade de consciência do advogado. No presente artigo se discute a importância da advocacia como um todo, mas especialmente, a advocacia dativa, em ter um atendimento com perspectiva humana e empatia, além da prerrogativa do advogado – seja particular ou dativo – de recusar a defesa de clientes cuja causa ou conduta atente contra os direitos humanos.

1. FUNÇÃO SOCIAL DO ADVOGADO E ADVOCACIA COM PERSPECTIVA HUMANIZADA

Nos termos do artigo 133 da Constituição Federal e do artigo 2º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB), o advogado é indispensável à administração da Justiça.

O §2º do art. 2º do Estatuto da Advocacia dispõe que “no processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público”.

O exercício da advocacia é considerado um serviço público, mesmo quando realizado de forma privada, conforme o art. 2º, §1º do Estatuto da Advocacia. Ou seja, a atividade desempenhada pelo advogado não se limita apenas às partes envolvidas em um processo ou procedimento específico. O alcance de sua atuação é mais amplo e afeta toda a sociedade.

O advogado realiza a função social quando concretiza a aplicação do direito, e não apenas da lei, ou quando obtém a prestação jurisdicional e quando, em função de seu saber especializado, participa da construção da justiça social.

A prática da advocacia é conduzida pela busca da realização dos interesses públicos, abrangendo toda a coletividade. Visa garantir o acesso à justiça em seu sentido mais amplo, não se limitando apenas ao Poder Judiciário. Eis a função social da advocacia, a sua mais importante característica.

No que se refere ao advogado dativo, apesar de não integrar a Defensoria Pública, ele desempenha o papel de defensor público. A advocacia dativa realiza uma função substitutiva que emerge da ausência de Defensoria Pública em determinada Comarca, constituindo uma assessoria jurídica de características muito próprias (Becue, 2019, p. 170-171).

A função do advogado dativo, portanto, constitui um múnus público, uma vez que atua para que o Estado possa efetivar o direito fundamental à prestação de assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos, conforme artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição, sendo esta uma função de grande relevância sociopolítica.

A advocacia dativa desempenha um papel crucial na defesa daqueles que não têm condições financeiras de contratar um advogado particular. Para essas pessoas, o advogado dativo

muitas vezes é o único ou o principal canal de acesso à justiça. Para Sabrina Becue, “O critério de hipossuficiência jurídica expõe a fragilidade daqueles que não exercem o direito de escolher o advogado de sua confiança, por questões financeiras ou de outra ordem (2019, p. 170).

Nesse contexto, é essencial que a advocacia dativa seja exercida com sensibilidade e comprometimento. O atendimento de grupos vulneráveis por parte dos advogados dativos deve ser embasado em técnicas de acolhimento e escuta ativa, o que pode melhorar significativamente a experiência dessas pessoas vulnerabilizadas no sistema judicial.

A alta demanda da população por acesso à justiça de forma gratuita faz com que o modelo de assistência exclusivo da Defensoria Pública não seja suficiente, por isso a necessidade de adotar a advocacia dativa e os convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil para prestar serviços gratuitamente às pessoas em situação de hipossuficiência econômica, contribuindo para a redução da desigualdade no acesso ao Poder Judiciário (Milani, 2021, p. 109).

É indissociável a vinculação entre direitos fundamentais, Constituição e Estado de Direito (Sarlet, 2018, p. 59), portanto, os juristas de forma geral desempenham um papel importante na interpretação da Constituição, que “subsiste como um conjunto de significantes que deve ser interpretada no sentido de aplicação do Direito e concretização material das normas jurídicas ali postas, com especial atenção às normas definidoras dos direitos humanos” (Cambi; Porto; Fachin, 2022, p. 157).

Por isso a advocacia com vistas à proteção dos direitos fundamentais é vital na manutenção de instituições democráticas e livres em um Estado de Direito. Os advogados atuam como defensores da equidade e da verdade, promovendo o direito como uma força unificadora.

A Constituição estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, em seu artigo 1º, inciso III. Esse princípio guia a atuação do advogado, que deve zelar pelo respeito aos direitos fundamentais, especialmente das pessoas que, por razões históricas, sociais e econômicas, enfrentam barreiras para acessar a Justiça em condições de igualdade.

Quanto à proteção aos direitos humanos através da advocacia, temos o seguinte:

Tanto no plano institucional como no individual, a Lei 8.906/94 define a advocacia como serviço público. E esse conceito tem consequências importantes e coerentes com a função desempenhada no Sistema Interno de proteção aos direitos humanos. A noção de serviço público pode ser compreendida levando em consideração os aspectos material e formal, os quais encontram nos direitos fundamentais e, consequentemente, na dignidade da pessoa humana, seu eixo principal. Trata-se do exercício de verdadeira função. E, como tal, ela é compreendida como um poder-dever dirigido à satisfação de necessidades essenciais reconduzidas aos direitos humanos. O desempenho da atividade profissional é protegido contra terceiros (daí as prerrogativas e garantias profissionais previstas em lei) e também contra o próprio profissional (deveres éticos e disciplinares estabelecidos na lei e no regulamento da advocacia) (Cambi; Porto; Fachin, 2022, p. 528).

A essencialidade da advocacia, conforme o previsto na Constituição, exige um

compromisso ético e democrático com a defesa dos direitos humanos. Ronald Dworkin, em sua obra *O Império do Direito*, enfatiza que o Direito deve ser interpretado de forma a garantir a realização de princípios fundamentais, como a dignidade e a igualdade (Dworkin, 1999).

O sistema interno de direitos humanos, estruturado a partir da Constituição de 1988, tem a advocacia como uma importante instituição para efetivá-los e protegê-los. Os direitos humanos em âmbito nacional são orientados pelo sistema internacional, o qual coordena os textos constitucionais aderidos em diversos países (Cambi; Porto; Fachin, 2022, p. 527).

Advogar com perspectiva humanizada significa reconhecer que o sistema jurídico opera em um contexto de desigualdades estruturais e que é também dever do advogado atuar para mitigá-las. Isso inclui não apenas defender pessoas vulnerabilizadas, mas também adotar condutas éticas que respeitem a dignidade da outra parte litigante.

Também significa reconhecer e combater as desigualdades estruturais que afetam o sistema jurídico, adotando práticas que respeitem as particularidades e vulnerabilidades de cada grupo. Esse compromisso deve ser transversal, abrangendo todas as áreas do direito.

A realidade processual das minorias revela um sistema que, frequentemente, falha no atendimento de maneira humanizada, além de falhar também no atendimento a vítimas de crimes. Mulheres, pessoas racializadas, LGBTQIAPN+ e outras minorias enfrentam barreiras significativas que vão desde a desconfiança institucional até a revitimização em interrogatórios, sustentações orais e decisões judiciais.

A revitimização ocorre quando a vítima de um crime é obrigada a reviver o trauma, seja por meio de perguntas ofensivas, seja pela tentativa de deslegitimar sua dor e experiência, ou até mesmo através de um atendimento realizado de forma equivocada. Em casos envolvendo minorias, a atuação de um advogado sem perspectiva humanizada pode reforçar os danos às vítimas, perpetuando estigmas sociais que agravam as desigualdades no processo.

As mulheres, por exemplo, enfrentam diversas vulnerabilidades processuais, exacerbadas em contextos de litígios familiares e ações penais relacionadas a crimes sexuais. Em processos de divórcio, dissolução de união estável e alimentos, o desequilíbrio econômico-financeiro é um fator recorrente. Muitas vezes, às mulheres se impõe a dependência financeira no âmbito do relacionamento, o que as coloca em desvantagem na negociação de acordos e no acesso à justiça.

Nos processos criminais envolvendo estupro e crimes contra a dignidade sexual, as vulnerabilidades incluem não apenas o trauma psicológico, mas também o risco de revitimização durante o processo judicial. Crianças e adolescentes, em especial, são ainda mais suscetíveis a esses danos, dada sua condição de hipossuficiência emocional e jurídica.

Os processos judiciais podem causar profundos impactos na vida das pessoas que dele

participam, especialmente de pessoas integrantes de grupos minoritários. Novamente utilizando as mulheres como exemplo, uma forma de impacto econômico são disputas familiares, que podem resultar em perda de renda ou no agravamento da dependência financeira, especialmente se o provimento de alimentos não for devidamente assegurado.

Psicologicamente, a exposição prolongada a litígios intensifica o sofrimento emocional, especialmente em casos de abuso, onde a pessoa em situação de vulnerabilidade revê constantemente o trauma enfrentado.

Além disso, o desgaste emocional causado por práticas processuais inadequadas pode se transformar em uma forma de violência institucional. A ausência de acolhimento, ou pior, o assédio processual, agrava essas consequências, especialmente quando a pessoa vulnerabilizada já se encontra fragilizada pela própria natureza do litígio.

Estratégias processuais que visam desqualificar a outra parte simplesmente por seu gênero, orientação sexual, cor, raça, forma de vida, profissão, muitas vezes alimentada por fatores interseccionais, violam os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição) e da igualdade (art. 5º, I), e devem ser evitadas.

Advogados devem ter cuidado para não intensificar essas vulnerabilidades, renunciando ao uso de estratégias processuais que agravem a vulnerabilidade da parte oposta ou que utilizem elementos de sua vulnerabilidade como meio para atingir a finalidade da parte que representa no processo.

Estratégias processuais que visam desqualificar a pessoa em situação de vulnerabilidade, apresentando-a como instável ou incapaz, por exemplo, são não apenas antiéticas, mas também prejudiciais à promoção da justiça material.

Nos processos criminais, sobretudo em casos de estupro e outros crimes sexuais, a revitimização é uma realidade constante. Crianças e adolescentes enfrentam uma dupla vulnerabilidade, devido à idade e ao impacto do abuso.

O advogado que atua nesses casos, seja na defesa ou na acusação, deve pautar sua conduta pela ponderação de princípios, garantindo que a ampla defesa não sirva como pretexto para práticas que desrespeitem a dignidade da vítima.

A Lei nº 14.245/2021, conhecida como Lei Mariana Ferrer, embora fruto de polêmico cenário, trouxe grandes avanços ao coibir a violência institucional contra vítimas de crimes sexuais. Ela proíbe que vítimas sejam submetidas a situações vexatórias, humilhantes ou que se reforcem estereótipos durante o processo judicial.

Perguntas sobre a vida sexual da vítima e comentários sobre seu modo de vida, são exemplos de formas de revitimizar a pessoa que sofreu crimes sexuais e devem ser erradicados da

prática forense.

O Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero (CNJ, 2021), introduzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), após a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no caso *Márcia Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*, também é uma ferramenta indispensável para promover equidade de gênero no sistema judicial. Sua aplicação demanda que os operadores do direito considerem as especificidades de gênero ao interpretar e aplicar as normas jurídicas, combatendo preconceitos e práticas discriminatórias.

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (CEDOAB) já estabelece que o advogado deve agir com urbanidade e respeito, mas uma advocacia com perspectiva humanizada demanda mais: requer um olhar atento às condições de vulnerabilidade das partes, especialmente em processos envolvendo minorias, e formas de mitigá-las, demonstrando respeito e segurança, em um gesto de acolhimento, especialmente quando advogando em face dessas minorias. Desta maneira, o exercício da advocacia não só cumpre seu papel técnico-jurídico, mas também contribui para uma sociedade mais justa e igualitária.

2. DIREITO DE DEFESA VERSUS PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: ADVOCACIA DATIVA E O DIREITO DE RECUSA

No âmbito do Estado Democrático de Direito, o princípio da ampla defesa emerge como um pilar inegociável, assegurando que todos, independentemente de suas ações, tenham acesso à justiça e a uma defesa técnica qualificada. Entretanto, o direito à defesa muitas vezes colide com outro direito igualmente fundamental: o direito do advogado de exercer a profissão em conformidade com sua consciência e com os princípios éticos que norteiam sua atuação.

O advogado, ao prestar seu compromisso perante a OAB, jura defender a Constituição e os direitos humanos. O juramento é um norte ético que justifica a prerrogativa de recusar casos que estejam em conflito com esses valores.

Esse direito é especialmente relevante para a advocacia dativa, que, por representar uma extensão do serviço público do Estado, deve atuar com um zelo ainda maior pelos princípios constitucionais. Não se trata de negar o direito de defesa a indivíduos em situações que colidem com os direitos fundamentais, mas de reconhecer que o direito à defesa não pode ser exercido em detrimento da consciência ética do advogado, sob pena, inclusive, dessa colisão prejudicar a defesa desempenhada.

O Código de Ética e Disciplina estabelece que o advogado deve agir com moderação e respeito à dignidade das partes. Isso significa que estratégias processuais que visam humilhar ou desacreditar a parte processual contrária não são apenas antiéticas, mas também contrárias aos

princípios constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana.

A teoria da ponderação de Robert Alexy (2011) é particularmente relevante nesse ponto. Ela exige que, diante de um conflito entre princípios, como por exemplo a ampla defesa e a proteção à dignidade, o advogado busque uma solução que cause o menor prejuízo possível aos direitos fundamentais envolvidos.

Alexy (2011) propõe que os princípios constitucionais devem ser aplicados de forma proporcional, considerando o peso e a importância de cada um em situações concretas. No contexto do direito de defesa, é necessário ponderar entre dois valores fundamentais: (i) o direito do acusado à ampla defesa, que assegura a presença de um advogado, independentemente da gravidade do crime e (ii) a dignidade da pessoa humana e os direitos das minorias e das vítimas, que demandam proteção contra revitimizações e tratamento respeitoso no processo.

A ponderação exige que se avalie, caso a caso, qual princípio prevalecerá, levando em conta as circunstâncias concretas. Quando a defesa de determinados crimes, como racismo ou violência de gênero, implica uma afronta direta aos direitos fundamentais de outrem, o princípio da dignidade pode justificar a prerrogativa do advogado de recusar atuar nesses casos.

Nos casos em que o advogado decide atuar pela parte acusada de crimes contra minorias ou vulneráveis, é imprescindível que o faça com respeito e sensibilidade. Estratégias processuais que revitimizem ou humilhem a parte vulnerável são antiéticas e contrárias aos princípios constitucionais e ao Código de Ética e Disciplina.

O advogado dativo, ao assumir o papel de defensor em nome do Estado, carrega a responsabilidade de assegurar a observância dos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e os direitos fundamentais (art. 5º, CF). Contudo, defender incondicionalmente casos que representem uma afronta direta a esses princípios, como crimes de racismo, homofobia, estupro e feminicídio, pode gerar um dilema ético profundo.

A Constituição e o Código de Ética e Disciplina são claros ao estipular que a advocacia deve promover a justiça e defender os direitos humanos. Assim, o advogado dativo deve ter a prerrogativa de recusar casos que, em sua essência, representem a negação desses valores. Essa recusa não é um ato de omissão, mas um exercício de consciência profissional e cidadã, que protege a essência do direito contra sua própria deturpação.

Hannah Arendt (1999), ao analisar a banalidade do mal em sua obra *Eichmann em Jerusalém*, alertou sobre os perigos de uma obediência acrítica às normas e estruturas institucionais. Para Arendt, o mal não é praticado apenas por aqueles que o planejam, mas também por aqueles que, ao seguir ordens ou cumprir deveres sem questionamento ético, contribuem para sua perpetuação.

Esse conceito é aplicável à advocacia dativa, especialmente nesses casos em que há conflitos morais envolvendo os direitos humanos. Ao recusar a defesa de uma conduta que contradiz os princípios fundamentais do direito, o advogado não está negando a ampla defesa, mas exercendo um papel de resistência ética.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2024), em sua obra *Doutrina Penal Nazista: A Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945*, destaca como o direito foi instrumentalizado durante o regime nazista para legitimar atos totalmente contrários ao que se compreende atualmente por direitos humanos. Essa análise revela que o direito, sem um compromisso ético profundo, pode se transformar em uma ferramenta de opressão. O exemplo histórico aponta para a necessidade de o direito conter a si mesmo, criando mecanismos que permitam aos operadores resistirem a ordens ou demandas que violem os direitos humanos.

O direito, em sua essência, deve ser um instrumento de proteção, e não de perpetuação de injustiças. Permitir que o advogado dativo recuse casos que colidem com seus valores sobre direitos humanos é uma forma de o direito exercer uma autorregulação, garantindo que sua aplicação esteja sempre alinhada aos valores fundamentais da sociedade.

Nenhum advogado, seja ele dativo, público ou particular, deve ser compelido a patrocinar contra sua vontade a defesa de pessoas cuja conduta, em tese, constitua grave violação aos direitos fundamentais e humanos, como nos casos de estupro, feminicídio, racismo, homofobia, transfobia, violências contra mulheres, crianças, idosos ou quaisquer crimes contra a dignidade sexual.

Igualmente, não se pode exigir que profissionais da advocacia atuem na defesa de indivíduos que se recusam a cumprir obrigações básicas de cuidado e sustento, como o pagamento de pensão alimentícia, quando houver a obrigação, ou que pratiquem violência física e/ou psicológica contra mulheres, crianças ou idosos.

Essa imposição revela-se ainda mais violadora quando o próprio advogado pertence ao grupo social vulnerabilizado atingido pela conduta criminosa em questão ou quando, por convicção ética e compromisso com os direitos humanos, posiciona-se frontalmente contra tais práticas. Exigir sua atuação nesses casos significa desconsiderar sua integridade pessoal e o direito à objeção de consciência como expressão legítima de resistência à instrumentalização do direito.

Tais situações afrontam direitos humanos de forma direta, razão pela qual, seguindo o raciocínio de Hannah Arendt (1999), ao concordar que as pessoas que os cometeram ou praticaram possuem direito incondicional à defesa, estaria se aceitando o mal e banalizando-o.

3. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DA ADVOCACIA: ENTRE O DEVER INSTITUCIONAL E A PRERROGATIVA ÉTICA

A Constituição assegura a liberdade de crença e de convicção, estabelecendo no art. 5º, VIII que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”, ressalvadas hipóteses de prestação alternativa obrigatória (como no serviço militar).

Em termos conceituais, a doutrina interpreta a objeção de consciência como parte das liberdades públicas clássicas: trata-se do direito de pautar a própria conduta segundo sua consciência íntima. Em outras palavras, cada pessoa tem o direito de conduzir a própria vida como melhor entender, desde que não viole direitos alheios.

A aplicação e o respeito aos direitos humanos têm capacidade de transformação do conteúdo das Constituições, de estimular o engajamento da sociedade em busca de justiça social e concretizar a hermenêutica da proteção do princípio da dignidade humana. O desenvolvimento latino-americano se fortalece a partir da construção de uma linguagem comum que busca a proteção dos direitos humanos no plano jurídico, político e social (Cambi; Porto; Fachin, 2022, p. 37).

Nesse sentido, a objeção de consciência constitui uma forma de resistência ética: consiste na recusa ao cumprimento dos deveres incompatíveis com as convicções morais, políticas e filosóficas do indivíduo. Esse núcleo normativo e filosófico reforça que a liberdade de consciência é um limite ao poder estatal, assentado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e nas liberdades de pensamento previstas no art. 5º, incisos IV e VI da CF.

No campo da advocacia, tais princípios encontram amparo legal expresso. O Estatuto da Advocacia prevê no seu art. 33, parágrafo único, a possibilidade de recusa do patrocínio. O Código de Ética e Disciplina consolida essa ideia: seu art. 2º, inciso VII, alínea “c”, determina que o advogado “deve abster-se de emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana”.

Assim, a renúncia motivada por convicções pessoais, ainda que se trate de mandato dativo imposto pelo Estado, é reconhecida como legítima. Doutrina especializada destaca que o exercício dessa prerrogativa não constitui infração disciplinar quando baseado em imperativos éticos profissionais (Buzanello, 2001). Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro legitima a objeção de consciência do advogado ao proibir que ele seja compelido a agir contra seus valores fundamentais.

Essa prerrogativa suscita reflexão filosófica e sociológica aprofundada. Kant (2007) já enfatizava que o agente moral deve agir conforme o dever universal expresso em sua consciência, podendo discordar de leis injustas em nome de princípios racionais. Portanto, a objeção de consciência reflete o cidadão que recusa normas percebidas como ilegítimas em debate democrático.

Michel Foucault (2018) analisa o direito como instrumento de poder e lembra que

resistências insurgentes podem gerar um novo direito. Nesse contexto, a recusa consciente do advogado pode ser vista como uma contra conduta ético-política que questiona a instrumentalização do Direito pelos poderes estabelecidos.

Hannah Arendt (1999), ao tratar da desobediência civil, destaca que a contestação pública é uma das principais formas de envolvimento ativo na vida política de uma democracia. Sob essa perspectiva crítica, o advogado que se recusa a patrocinar causas contrárias à dignidade humana exerce cidadania ativa: sua objeção contribui para revitalizar a esfera pública e evita o mero legalismo.

Nos últimos anos, o judiciário no Brasil atravessou uma ascensão institucional, passando a desempenhar um papel político, com a recuperação das liberdades democráticas, junto ao legislativo e ao executivo, deixando de ser meramente um “departamento técnico especializado”: “Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes” (Barroso, 2023, p. 134).

Por fim, é imperativo reconhecer o papel transformador do advogado no Estado Democrático de Direito. A advocacia é declarada função essencial à administração da justiça, incumbindo ao profissional a defesa da justiça e dos direitos fundamentais. Advogar com perspectiva humanizada implica mitigar desigualdades estruturais e resguardar a dignidade do ser humano.

Nesse sentido, a liberdade de consciência profissional reforça o advogado como guardião de direitos: ao abster-se de atuar em casos que atentem contra valores próprios, ele preserva sua integridade moral e promove a efetividade da justiça material. Nesse sentido:

O discurso e a ação são condições da pluralidade humana: se as pessoas não fossem iguais, não poderiam se entender; e se não fossem diferentes, não precisariam nem da palavra nem da ação para se comunicar, uma vez que ruídos já seriam suficientes para isso. É a diferença, na esfera privada, e a igualdade, no espaço público, que caracterizam a pluralidade humana (Cambi; Porto; Fachin, 2022, p. 561).

Conforme assinala a própria Constituição, a dignidade da pessoa humana orienta a atuação do advogado, especialmente em favor dos vulneráveis. Assim, a previsão normativa e o debate doutrinário demonstram que a objeção de consciência do advogado, fundamentada em ética pessoal e no princípio da dignidade, é legítima e coerente com o múnus público da advocacia, servindo como resistência salutar à instrumentalização do direito.

CONCLUSÃO

A advocacia com perspectiva humanizada não é uma ruptura com os princípios

fundamentais do direito, mas uma reafirmação deles em seu sentido mais profundo. Assim, deve ser entendida como um compromisso ético indispensável, que transcende a técnica jurídica e reafirma o papel do direito como guardião da justiça social e da equidade.

A tensão entre o direito à ampla defesa e o direito à recusa do advogado dativo reflete um dilema ético que exige uma abordagem cuidadosa e humanista. Enquanto a ampla defesa é um pilar essencial do Estado Democrático de Direito, a recusa fundamentada em valores éticos e constitucionais é uma manifestação da resistência necessária para evitar a banalização do mal no sistema jurídico.

O advogado dativo, público ou particular, é um agente fundamental na promoção da Justiça. Reconhecer sua prerrogativa de recusar casos que violem os direitos humanos e colidam com valores próprios não enfraquece o sistema jurídico, mas o fortalece, ao assegurar que o direito permaneça um instrumento de proteção e dignidade, mesmo nas situações mais desafiadoras.

O advogado, ao recusar casos que afrontem os direitos humanos, não age contra a justiça, mas sim em defesa dela. Esse direito de recusa é uma salvaguarda contra a instrumentalização do direito para perpetuar injustiças, assegurando que o sistema jurídico seja, acima de tudo, um defensor dos valores humanos e da dignidade da pessoa humana.

A advocacia, especialmente a dativa, tem o poder e o dever de ser um bastião da ética em situações de tentativa de silenciamento dos princípios mais fundamentais do direito.

Além disso, é preciso reconhecer que a promoção de uma advocacia com perspectiva humanizada não se resume ao direito de recusa ou à objeção de consciência. Implica, também, a adoção de práticas concretas no exercício diário da profissão, tanto no trato com os próprios clientes e assistidos quanto com a parte contrária.

O advogado deve manter uma postura respeitosa e acolhedora, evitando qualquer forma de linguagem, estratégia ou conduta que revitalize aqueles que já se encontram em situação de vulnerabilidade. Isso inclui, por exemplo, abster-se de perguntas invasivas e desnecessárias sobre a vida privada da vítima, evitar sustentações orais ou petições que perpetuem estereótipos de gênero, raça ou orientação sexual, e recusar expedientes que objetivem apenas desqualificar moralmente a parte contrária.

O compromisso ético da advocacia deve ser guiado por empatia, urbanidade e responsabilidade social, preservando a dignidade de todas as pessoas envolvidas no processo.

Ao adotar essas práticas, o advogado contribui ativamente para um sistema de justiça menos violento, mais inclusivo e verdadeiramente comprometido com a equidade.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. – Trad. Virgílio Afonso da Silva. – 2 ed. – São Paulo: Malheiros, 2011.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. ISBN 9786553624788. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624788/>>. Acesso em: 20 jul. 2025.

BECUE, Sabrina Maria Fadel. Advocacia dativa: natureza jurídica dos honorários dativos e suas repercussões jurídicas. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 4, n. 1, maio de 2019.

BUZANELLO, José Carlos. **Objecção de consciência**: uma questão constitucional. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 38, n. 158, out/dez. 2001. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/730/r152-13.pdf#:~:text=caso%20de%20algumas%20profis%02s%C3%B5es%2C%20entre,de%20recusa%20%C3%A0%20presta%C3%A7%C3%A3o%20de>>. Acesso em 18/06/2025.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia De A.; FACHIN, Melina G. **Constituição e Direitos Humanos**: Tutela dos Grupos Vulneráveis. São Paulo: Grupo Almedina, 2022. E-book. ISBN 9786556275840. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556275840/>>. Acesso em: 26 jun. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>>. Acesso em: 18/06/2025.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. – Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. – Org., introdução e trad. Roberto Machado – 7 ed. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. – Trad. Paulo Quintela –. Lisboa: Edições 70, 2007.

MILANI, Juliane Teixeira. **Estudo sobre o papel desempenhado pela autointitulada advocacia de interesse público no Estado do Paraná**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Positivo, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021, Curitiba. 127 p. Orientador Prof. Dr. Alexandre dos Santos Cunha.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. – 13 ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 515 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doutrina penal nazista**: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. – 2 ed. – Trad. Rodrigo Murad do Prado. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024, 240 p.

OLGA BENÁRIO E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO INSTITUCIONALIZADA: ENTRE A MEMÓRIA HISTÓRICA E OS DESAFIOS ESTRUTURAIS PARA A EFETIVAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Bruno Eduardo FLOSINO¹

Juliana Viana DIOGO²

Vladimir BREGA FILHO³

RESUMO

O presente artigo examina a ligação existente entre a violência de gênero institucionalizada no Brasil e a efetivação da Lei Maria da Penha, utilizando a história de Olga Benário Prestes como marco inicial. Sendo um capítulo emblemático em nossa história, a perseguição e a extradição sofridas durante o Estado Novo é uma representação da opressão sistêmica que se perpetua há gerações. Esta pesquisa busca traçar um paralelo entre a memória histórica e os desafios contemporâneos para a devida proteção dos direitos efetivados pela Lei nº 11.340/2006, trazendo à luz que, apesar dos avanços legislativos, ainda encontram-se presentes diversos obstáculos estruturais. Através de uma abordagem interdisciplinar que institui um elo entre o Direito, a História e os Estudos de Gênero, utiliza-se a metodologia qualitativa-quantitativa, por meio da análise documental. Ao analisar tais aspectos, não objetifica-se unicamente destrinchar a importância legislativa da Lei Maria da Penha, mas também constatar e refletir a respeito dos empecilhos que retardam sua plena aplicação, contribuindo para o debate sobre a busca por igualdade de direitos.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos. Direito de Gênero. História. Violência Institucionalizada. Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

This article examines the existing link between institutionalized gender-based violence in Brazil and the enforcement of the Maria da Penha Law, using the story of Olga Benário Prestes as a starting point. As an emblematic chapter in our history, the persecution and extradition she suffered during the Estado Novo are a representation of the systemic oppression that has endured for generations. This research seeks to draw a parallel between this historical memory and the contemporary challenges to the proper protection of rights established by Law No. 11.340/2006, highlighting that, despite legislative advances, various structural obstacles are still present. Through an interdisciplinary approach that establishes a link between Law, History, and Gender Studies, a qualitative-quantitative methodology is used, with document analysis. By analyzing these aspects, the goal is not only to explain the legislative importance of the Maria da Penha Law, but also to identify and reflect on the impediments that delay its full application, contributing to the debate on the pursuit of equal rights.

KEYWORDS: Human Rights. Gender Rights. History. Institutionalized Violence. Maria da Penha Law.

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil. E-mail para contato: bruno.flosino@discente.uenp.edu.br

2 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil. Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), financiado pela Fundação Araucária, sob orientação do Prof. Dr. Vladimir Brega Filho. E-mail para contato: juliana.diogo@discente.uenp.edu.br.

3 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Lisboa, Portugal. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail para contato: vladimir@uenp.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

Em sua trajetória, marcada por militância política, prisão arbitrária e extradição em um período não tão arcaico, Olga Benário Prestes foi duramente perseguida durante o Estado novo, e seu episódio ficou marcado em nossa história, sendo um triste exemplo do quanto o poder estruturante de nossa sociedade é capaz de impulsionar e evidenciar a violência institucionalizada que nos permeia, ainda que de maneira invisível, gerando um mecanismo de opressão às mulheres que se propaga geracionalmente, e, por vezes, é normalizado. Em contraposição à essa violência que se prolonga há décadas, a Lei Maria da Penha surge como um marco na história legislativa brasileira, inovando e trazendo à luz a proteção, de forma necessária, dos direitos das mulheres. Ao estabelecer políticas de prevenção e proteção, a Lei 11.340/2006 sofre, por vezes, com obstáculos estruturais que geram dificuldade à sua devida efetivação.

Seguindo tal raciocínio, este artigo tem por objetivo trazer uma decomposição da violência institucionalizada em nossa sociedade, a partir de uma memória histórica. Para obter êxito em tal aspecto, temos como base o caso de Olga Benário, analisando, também, a virada de chave trazida pela Lei Maria Penha, e seus avanços implementados. Em contraponto, são repercutidas às dificuldades encontradas na busca pela efetivação dos direitos das mulheres. Sendo essa uma importante questão no tocante à perseguição da igualdade de direitos em nossa sociedade.

Em vista disso, a presente pesquisa utiliza-se da metodologia de natureza qualitativa-quantitativa, fundamentada em uma ótica interdisciplinar, que, transcendendo o Direito, abrange também questões Históricas e de Estudos de Gênero. Trazendo a história de Olga como eixo para entender a persistência da violência de gênero através de gerações, chegando até o Brasil contemporâneo. Além disso, o presente ensaio, sob uma visão histórico-jurídica, é enriquecido ao considerar as políticas públicas e a legislação voltada para a proteção das mulheres, em especial, a Lei Maria da Penha. Dessa maneira, podemos não só entender as normas, mas também identificar os óbices estruturais que dificultam a sua devida aplicação.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: O CASO DE OLGA BENÁRIO E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO ESTADO NOVO

Para obtermos um bom entendimento a respeito da história de Olga Benário Prestes, devemos introduzir a situação política do período. No início do século XX os países europeus enfrentaram um longo período de guerras bélicas, a primeira grande guerra mundial perdurou de 1914 a 1918. Entretanto, com o fim do conflito, as consequências da guerra assolavam todos os países participantes, em especial, a Alemanha, que enfrentava uma crise socioeconômica jamais antes vista, após parcela significativa de seu território ser tomada com o Acordo de Versalhes

(1919), a população alemã encontrava-se em estado de calamidade.

A miséria predominava na Alemanha em 1920, em decorrência desta situação, ideais extremistas começaram a circular com velocidade no país, o momento político negativo despertava na população a ânsia por melhorias. Deste modo, o nazismo e o socialismo alcançaram seu ápice na sociedade alemã, o que posteriormente resultou no regime nazista alemão de Adolf Hitler (1933-1945), responsável por exterminar cerca de 6 milhões de judeus em seus Campos de Extermínio.

Em vista dos fatos narrados, Olga Guttman Benário Prestes é tida como um dos principais nomes do ativismo social brasileiro, uma alemã de origem judaica, foi enviada para o Brasil, a pedido da Internacional Comunista, com a missão de associar-se a Luís Carlos Prestes, líder da Intentona Comunista de 1935, para auxiliá-lo durante a organização de uma revolução armada. A política brasileira neste período encontrava-se conflituosa, em 1935, Getúlio Vargas exercia seu mandato como presidente da república, marcando o seu governo pela instabilidade e pela radicalização de grupos políticos.

Durante a sua vida, Olga enfrentou inúmeras condições desfavoráveis, nascida na Alemanha em 1908, períodos antes da primeira grande guerra, fazendo com que o seu desenvolvimento ocorresse envolvimento de conflitos, instabilidades e da ascensão do nazismo. Desde muito jovem, Olga participou ativamente de movimentos comunistas, tornando-se um membro da Liga Juvenil Comunista Alemã, iniciando a sua formação ideológica e política, o que, futuramente, a levaria ao Brasil.

Em decorrência de seu convívio, Olga e Júlio Prestes se casaram em 1934, e posteriormente, em 1936, Olga engravidou de sua primogênita. Em março do mesmo ano, foi decretado estado de guerra no Brasil, com o intuito assegurar a permanência de Vargas no poder, porém, como justificativa de tal ato, foi divulgado que comunistas ameaçavam a segurança nacional. Em uma varredura aos comunistas no Brasil, Olga e Júlio Prestes foram presos pelo governo de Vargas. Outrora, Olga estava em seu sétimo mês de gestação quando foi deportada para a Alemanha Nazista, mantida em um presídio feminino da Gestapom, ambiente em que gerou Anita Prestes, sua filha com Júlio Prestes.

A deportação de Olga é tida como uma violação da legislação brasileira, uma vez que o pedido de extradição do mesmo foi negado por parte do Ministério da Justiça meses antes de seu exílio, no Habeas Corpus nº 26155, julgado em 17 de junho de 1936, estabelece a decisão:

Habeas corpus impetrado por Heitor Lima em favor de Maria Prestes (ou Olga Benário), estrangeira presa, acusada da prática de vários delitos contra a ordem política e social. A paciente, grávida, pleiteia, em processo de extradição, que não seja expulsa do território brasileiro, para o fim de que o julgamento por eventuais crimes cometidos ocorra aqui. (Supremo Tribunal Federal, 1936)

Além da infração de normas constitucionais brasileiras, o exílio de Olga Benário violou, também, tratados internacionais de normas humanitárias, como a Convenção de Genebra, o documento foi assinado pelo governo brasileiro em 1929, entretanto, só entrou em vigor em 1931, o que significa que no período em que os fatos supracitados ocorreram, o acordo já vigorava. Por sua vez, a Convenção de Genebra consistia em um documento destinado a assegurar os direitos de prisioneiro de guerra, embora permitisse a deportação, por qualquer motivação, dos prisioneiros, assegurava a obrigatoriedade estatal de garantir a proteção daqueles mantidos em seu território, como posto em seu artigo 3º:

1) As pessoas que não participem diretamente das hostilidades, inclusive os membros de forças armadas que tiverem deposto as armas e as pessoas que tiverem ficado fora de combate por enfermidade, ferimento, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em qualquer circunstância, tratadas com humanidade sem distinção alguma de caráter desfavorável baseada em raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento, ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo. (Convenções de Genebra, 1949).

A história de Olga Benário é de suma importância para a memória feminista e jurídica brasileira, resgatando a resistência de uma mulher que batalhou por seus ideais em um período patriarcal, em que mulheres eram deliberadamente silenciadas. Perante a perspectiva jurídica, a atuação e consequente deportação de Olga reflete a instabilidade e insegurança do sistema legislativo durante o Estado Novo, em que órgãos como a Suprema Corte, atual STF, demonstraram-se incapazes de assegurar o cumprimento de princípios básicos constituintes.

3 VIOLÊNCIA DE GÊNERO INSTITUCIONALIZADA: CONCEITO, TIPOLOGIAS E MANIFESTAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

Para obtermos êxito ao conceituar a violência de gênero institucionalizada, precisamos, primeiramente, entender a sua origem. Uma das autoras brasileiras mais notáveis é, sem dúvida alguma, Heleieth Saffioti - socióloga, brasileira, e uma das pioneiras no movimento feminista brasileiro. Saffioti aponta, em sua obra “A mulher na sociedade de classes: mito e realidade”, de 1969, que a violência de gênero, especificamente contra as mulheres, vem desde o Brasil colonial, de modo que as estruturas familiares desse período moldaram, de uma maneira sólida, a normalização do machismo por um aspecto estrutural.

Assim sendo, a violência de gênero institucionalizada é aquela que ocorre, em instituições de maneira geral, sejam elas públicas ou privadas, resultando em opressões, discriminações e revitimizações. Trata-se, portanto, de uma forma de violência que está presente, em alguns casos, de maneira tácita, e que se traduz, de maneira enraizada, em atos rotineiros, seja dentro da administração pública ou no âmbito privado. Podemos dizer, ainda, que essa forma de enraização é algo consolidado através de gerações, que tem se impregnado em nossos convívios sociais.

Em sua obra “Gênero, Patriarcado, Violência”(2004), a autora Helena Saffioti expressa a ideia de violência de gênero da seguinte maneira:

A desigualdade, longe de ser natural, é posta pela tradição cultural, pelas estruturas de poder, pelos agentes envolvidos na trama de relações sociais. Nas relações entre homens e entre mulheres, a desigualdade de gênero não é dada, mas pode ser construída, e o é, com frequência. O fato, porém, de não ser dada previamente ao estabelecimento da relação a diferença da relação homem-mulher. Nestes termos, gênero concerne, preferencialmente, às relações homem-mulher. Isto não significa que uma relação de violência entre dois homens ou entre duas mulheres não possa figurar sob a rubrica de violência de gênero. A disputa por uma fêmea pode levar dois homens à violência, o mesmo podendo ocorrer entre duas mulheres na competição por um macho. Como se trata de relações regidas pela gramática sexual, podem ser compreendidas pela violência de gênero. Mais do que isto, tais violências podem caracterizar-se como violência doméstica, dependendo das circunstâncias. (Saffioti, 2004, p. 75).

Conseguimos extrair, portanto, que em seu sentido estrito, a violência de gênero é culturalmente normalizada e está presente de diversas maneiras, e em diversos níveis de nossa sociedade.

Ademais, é interessante destacar que tal violência é universal, no ponto em que torna-se um comportamento perpetuado em diversos países, aderido e por vezes aceito culturalmente. Sendo, em diversas localidades, um reflexo do colonialismo, como é, por exemplo, em nosso País. É perfeitamente visível que tal herança cultural gerou, ao longo do tempo, diversos estigmas em nossa sociedade.

A violência institucional pode se manifestar de diversas maneiras, dentre elas a omissão, a criminalização, a revitimização, a violência simbólica e a estrutural. É possível perceber uma certa relação entre tais aspectos de violência, ao passo que a omissão institucional é caracterizada pela conduta negativa das instituições, de maneira que negligenciam a proteção que lhes é devida, por lei, e que deve ser assegurada à todas as mulheres.

Primordialmente, tais direitos são assegurados constitucionalmente, em seu artigo 1º, inciso III, onde há a consagração dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, sendo, portanto, incompatível com qualquer forma de violência institucional. Além disso, de maneira reiterada, instrumentos internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), reiteram a referida obrigação estatal de prevenir práticas institucionais abusivas.

Dentre as espécies de violência, faz-se necessário entendermos, de maneira mais profunda, duas em específico, visando obter uma visão mais tridimensional da violência contra a mulher em nossa sociedade, e a maneira com que ela se manifesta.

Em um primeiro momento, temos a já mencionada violência estrutural. Conceituada pelo sociólogo Norueguês Johan Galtung, em seu artigo “Violence, Peace, and Peace Research”, de 1969. Nesta obra, o autor nos traz que a chamada Violência Estrutural seria, justamente, as desigualdades sociais que podemos encontrar em nossa sociedade, estando intimamente ligada com a ideia de injustiça social. Podemos entender, portanto, como uma forma de violência invisível e embutida em nossos alicerces sociais, onde há, de maneira sucessória, a proliferação de desigualdades que são perpetuadas de geração em geração, não através de uma figura específica, mas através das idealizações estruturais, nas formas sociais e políticas. Para compreendermos melhor o que nos traz Johan, podemos destacar o seguinte trecho de sua obra:

“A violência é aquilo que aumenta a distância entre o potencial e o real, e aquilo que impede a diminuição dessa distância” (GALTUNG, 1969, p. 168, tradução nossa).

Assim, a Violência Estrutural não é propriamente caracterizada por ações pontuais, mas sim por repetições geracionais de costumes e políticas que geram resultados cada vez mais prejudiciais para determinados grupos sociais.

No que tange, mais diretamente, aos direitos das mulheres, a Violência Estrutural se exterioriza, também, nas oportunidades oferecidas no mercado de trabalho. Atualmente, estima-se que aproximadamente 2 bilhões de meninas e mulheres no mundo todos não possuem nenhuma proteção social e realizam, em média, 2,5 vezes mais trabalhos de forma não remunerada do que os homens, especialmente em atividades de cuidado, além disso, em alguns casos, chegam até cinco vezes mais horas em determinadas regiões. Sob outro prisma, ao analisarmos os números de mulheres empregadas em nosso País, num recorte pós COVID-19, a taxa de mulheres no mercado de trabalho caiu de 54,33%, para 52,7%, em 2024.

Outra possibilidade responsável pela manifestação de violência, como trazido acima, é a Violência Simbólica. Esta, por sua vez, foi concebida pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu, na década de 1970, e seria, a priori, uma forma de violência com certas relações à Violência Estrutural, na medida em que se caracteriza invisivelmente, e traz à normalidade uma série de desigualdades que não deveriam ser tratadas como tal. Trata-se, portanto, da imposição realizada por um grupo social mais poderoso, em desfavor de um menos poderoso. Dessa forma, o que Bourdieu chama de *Poder Simbólico*, seria um poder de construção da realidade que possui tendências a estabelecer uma ordem do que ser “certo” ou “adequado”, de modo a transmitir uma sensação de conhecimento imediato do mundo, sendo o que Durkheim chama de *conformismo lógico*. Assim, através da expressão desse poder simbólico por aqueles que o obtém, está estabelecida a forma de dominação social invisível e, quase imperceptível à “olho nu”.

Em nossa sociedade, várias são as manifestações deste tipo de violência. No âmbito do sistema judiciário, por exemplo, temos casos como o de Mariana Ferrer, violência de violência sexual, e que foi exposta e humilhada em audiência pelo advogado do réu — que foi, inclusive, absolvido em duas instâncias — sendo esse um caso relevante, e que demonstra o que ocorre, com muita frequência, em nosso sistema judiciário, com a descrédibilização da mulher em casos sensíveis como o referenciado acima. Cabe mencionar, também, a extinta “Legítima Defesa da Honra”, que, por mais absurdo que possa parecer, vigorou em nosso ordenamento jurídico durante muitos anos, e, nessa mesma esteira, temos a também extinta hipótese que foi contemplada em nosso Código Penal de se extinguir a punibilidade do estuprador devido ao casamento com a vítima. O que claramente seguia uma linha de pensamento patriarcal e que trouxe a impunidade à diversos casos de estupro. Entretanto, felizmente a Lei 11.106/2005 revogou o dispositivo legal responsável por essa aberração normativa.

Nesse contexto, é cabível trazermos, ainda, a violência obstétrica, que se caracteriza pela medicação excessiva e, por muitas vezes, rígida, tirando o lugar de fala da mulher em casos essenciais. Tratando-se de uma maneira de violência que, por muitas vezes, fere direitos garantidos constitucionalmente às mulheres, como o direito à saúde, bem como, na mesma moeda, fere um dos principais fundamentos de nossa Constituição: a dignidade da pessoa humana. Tal questão é evidenciada na pesquisa Nacer no Brasil, que, em um inquérito nacional realizado com 23.940 puérperas, identificou uma quantidade excessiva de intervenções no parto e nascimento, o que dá indícios de um modelo assistencial que, por vezes, é caracterizado por intervenções prejudiciais e desnecessárias, o que se agrava no ponto em que há a exposição de mulheres e crianças a iatrogenias. A violência obstétrica se insere, assim, em um debate mais amplo da violência de gênero institucionalizada, apontando que o corpo feminino continua sendo um território de controle e poder.

Ante o exposto, ficam evidentes as diversas materializações da violência institucional na sociedade brasileira, o que, por óbvio, causa severos danos físicos, sociais e psicológicos às mulheres, que, por vezes, não possuem uma proteção adequada em nosso meio social.

4 AVANÇOS LEGISLATIVOS E A CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: UM MARCO NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A história da Lei 11.340/2006, ou Lei Maria da Penha, tem início muito antes de 07 de agosto de 2006, quando foi publicada, e representou, da mesma maneira como representa até os dias atuais, um avanço imensurável na proteção às mulheres pela legislação brasileira.

Maria da Penha Maia Fernandes, nascida em 01 de fevereiro de 1945, em Fortaleza, no estado do Ceará, é uma das mais notórias ativistas no âmbito do direito das mulheres. Sendo vítima de feminicídio tentado, por duas vezes, no ano de 1983, nas ocasiões em que o seu, até então marido, efetuou disparos de arma de fogo contra a sua pessoa e, posteriormente, tentou a eletrocutar, o que levou Maria da Penha a ficar paraplégica, em razão dos ferimentos sofridos.

O caso ficou notoriamente reconhecido, ainda, pela morosidade com que a justiça brasileira tratou o caso. Sendo que o agressor, ficou dezenove anos impune, sendo condenado, posteriormente, apenas em 2002, oportunidade na qual cumpriu apenas um terço da pena em que fora condenado, sendo posto em liberdade em 2004, estado em que se encontra até os dias atuais.

No contexto da criação da Lei, houve uma enorme pressão sobre o estado brasileiro após a denúncia sofrida por perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a chegada do episódio de Maria da Penha chegou até a referida Corte que, diante do caso, responsabilizou o Brasil por sua omissão no que tange a proteção às mulheres. Houve, também, uma forte pressão pelos movimentos feministas brasileiros que, há décadas, lutam por seus direitos.

Sob esse aspecto, a Lei Maria da Penha mudou completamente a forma com que eram tratados os casos de violência doméstica, trazendo avanços de suma importância para o combate à violência contra a mulher. Entre as mudanças legislativas de grande relevância, podemos citar as Medidas Protetivas de Urgência que, de maneira fundamental, trouxeram a possibilidade de se romper o contato do agressor para com a vítima, trazendo uma preservação constante do bem-estar da vítima, seja ele físico ou psicológico, onde, nesses casos, podem haver determinações de afastamento do agressor, proibição de contato por qualquer meio, entre outras medidas que se fazem cada vez mais essenciais no âmbito da violência doméstica.

Destarte, houve uma mobilização intersetorial de extrema eficácia, entre as redes de apoio criadas, visando o acolhimento da vítima desse tipo de violência, bem como órgãos de segurança pública, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e as redes sociais de apoio e de saúde criadas. É interessante notar, ainda, a previsão estabelecida no artigo 14º, da Lei 11.340/2006, que concebe a possibilidade da criação de um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que, em benefício aos direitos que devem ser protegidos, gera um procedimento voltado à unificar, em um procedimento judicial, os mecanismos para a garantia de tais direitos, de forma em que une os âmbitos cíveis e criminais da ação em um único procedimento.

Outro aspecto muito importante foi a Súmula 542/STJ, que transformou em ação incondicionada os crimes de lesão corporal resultantes de violência doméstica, o que levou tais crimes a não mais dependerem de uma representação feita pela vítima, mas transferindo a titularidade da ação para órgãos como o Ministério Público. Dessa forma, evitando casos onde a

vítima era coagida a não representar contra o agressor, sendo por vezes ameaçada e, por medo, se omitindo de tal representação.

Podemos dizer, portanto, que diversos avanços foram trazidos pela Lei Maria da Penha, ao passo que se tornou cada vez mais possível a criação de dados estatísticos para entender as ocorrências e as manifestações da violência doméstica, além do fato dessa violência passar a ser reconhecida como uma violação dos direitos humanos, e não mais uma questão privada, como era denominada, erroneamente, em momento posterior à lei. Ainda, em seu artigo 7º, a lei reconhece as diversas maneiras de violências ocorridas contra a mulher, dentre elas a física, a psicológica, a sexual, entre outras. Algo que vem justamente na corrente do capítulo anterior deste artigo, no tocante às mais variadas formas de violências que estão embutidas em nossa sociedade e as maneiras com que elas se manifestam.

Podemos concluir, assim, que a violência doméstica é uma maneira cruel, e muito presente em nossa sociedade, que exterioriza espécies de violências que devem ser reprimidas e combatidas. Por essa razão, avanços legislativos como os trazidos pela Lei Maria da Penha devem ser observados, e usados como base para cada vez mais progresso no âmbito da proteção de direitos fundamentais.

5 OS DESAFIOS ESTRUTURAIS DA EFETIVAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA FRENTE À VIOLÊNCIA INSTITUCIONALIZADA

Ao longo de toda a história mundial mulheres são, institucionalmente, tratadas de maneira inferior ao homem, dado que apenas na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso I, a igualdade de gênero foi instituída como uma de suas cláusulas pétreas. Contudo, em 2006 foi promulgado um dos mais importantes mecanismos para coibição da violência doméstica e de gênero no Brasil, a lei nº 11.340/06, denominada também de Lei Maria da Penha. Tal texto não apenas detalha diversas formas de violência contra a mulher, como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, mas também atribui ferramentas para garantir a proteção e o apoio às vítimas deste formato de violência, como as medidas protetivas de urgência e a criação de juizados especializados.

No entanto, para que haja a devida eficácia de um mecanismo normativo destinado a vulnerabilidades extremas, órgãos como o sistema legislativo, o sistema de saúde e o sistema de segurança pública, além de todas as outras esferas que terão contato com a vítima, devem estar em concordância com o estabelecido por lei. Todavia, a violência de gênero institucionalizada, definida previamente nesta pesquisa, caracteriza-se como uma das principais formas de impedir a concretização da eficácia total e absoluta da Lei Maria da Penha.

Recapitulando brevemente, a violência de gênero institucionalizada é definida pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em sua plataforma digital, como “causada pelos agentes públicos que deveriam proteger a vítima no curso da investigação ou do processo.” (CNMP, sd). Entretanto, segundo dados apresentados pelo Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública (Sinesp) em dezembro de 2024, desde de 2021 foram registradas 17 mortes ocasionadas por agentes públicos, o portal digital do GOV divulgou a seguinte matéria:

Apenas no ano de 2023, o número de mortes por intervenção policial foi dez vezes maior que o de lesões corporais seguidas de morte, seis vezes maior que o de latrocínios e quatro vezes maior que o de feminicídios. (BRASIL, 2024)

Entretanto, com o intuito de prevenir que tais ocorrências se materializam em casos de denúncias prestadas a vítimas de violência doméstica e de gênero, em novembro de 2017 foi implementada a lei nº13.505, prevê que o atendimento às vítimas possua a prioridade de ser realizado por agentes públicos do gênero feminino:

Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados. (BRASIL, 2017)

Uma vez que a falta de perícia durante o tratamento à vítima torna ineficaz o artigo 8º da lei nº 11.340/06, que visa a realização de políticas públicas responsáveis por coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, trazendo em seu inciso III: “o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar” (Brasil, 2006). Além disso, no mesmo artigo, é prevista a implementação de atendimento especializado, como o trabalho das Delegacias de Atendimento à Mulher.

A dificuldade enfrentada por Juizados de Violência Doméstica ao estabelecer os devidos julgamentos do processo legal, é ocasionada pela falta de uma escuta qualificada, que considere as particularidades de cada caso de violência de gênero, e a priorização de abordagens conciliatórias em casos que exigem punição e proteção rigorosa, acentuando, ainda mais, a violência de gênero institucionalizada no Brasil. Para combater essa realidade, o Conselho Nacional de Justiça desenvolveu um Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ (CNJ, 2021), consiste em uma cartilha que estabelece os procedimentos efetuados pelo Poder Judiciário, visando ampliar o acesso justiça e torná-lo mais adequado às realidades sociais de cada processo.

Além deste fator, a Convenção de Belém do Pará (OEA, 1994), ou Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, além de definir e conceituar a violência, a Convenção é responsável por impor aos Estados a obrigatoriedade de garantir o acesso público a Justiça de maneira eficaz, caso contrário, o país será condizente com a

infração dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

O enfrentamento à violência doméstica e familiar é um processo longo e complexo, constituído por camadas sociais, jurídicas e estruturais. A insuficiência financeira é, muitas vezes, a causa principal de mulheres que sofrem com a violência continuarem a conviver com o seu agressor. A dependência econômica as aprisiona na relação em que estão, acentuando a insegurança de realizar a denúncia. A falta investimento em políticas de prevenção primária, como a realização de campanhas de reeducação aos agressores no Brasil, aumenta a propensão de reincidência dos delitos, dificultando a alteração cultural a respeito da violência brasileira, como assegurado no artigo nº 45, da Lei Maria da Penha:

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. (Brasil, 2006)

Ao estabelecermos uma analogia da situação de proteção contra a violência de gênero e o caso de Olga Benário, conclui-se que a deportação de Olga à Alemanha, motivada por perseguições políticas, não restringe-se apenas a este conceito, mas reflete a objetificação feminina institucionalizada. Tendo em vista que seu exílio, enquanto gestante de uma criança filha de um brasileiro, reflete a mais pura e completa anulação dos direitos fundamentais, especialmente o direito à vida, impostos sob Olga pelo regime do Estado Novo, em consequência do conhecimento premeditado dos governantes de que ao enviar uma mulher comunista, judia e exilada a Alemanha nazista, não haveria outro fim se não a sua morte.

Diante do exposto, a memória de Olga Benário Prestes deve ser preservada como um marco da inconstitucionalidade governamental e a violência institucionalizada, dispondo às futuras gerações uma reflexão acerca de seus governos. Assim como idealizado por Edmund Burke (1790), o conservadorismo social, consequente do esquecimento histórico, gera à sociedade a repetição dos mesmos acontecimentos, desta maneira, a conexão entre o presente e o passado são essenciais para que a garantia do cumprimento normativo e garantia da eficácia dos direitos fundamentais façam-se presentes em uma sociedade.

6 CONCLUSÃO

Este estudo, ao analisar por uma perspectiva histórica a violência institucionalizada, ressaltou a sua presença em diversos períodos da história brasileira, estando presente desde o Estado novo, até o Brasil contemporâneo, o que, por consequência, torna-se um grande obstáculo na busca pela efetivação dos direitos das mulheres. A análise imersiva na história de Olga Benário evidenciou, ainda, como tragicamente as estruturas patriarcais geram mecanismos de opressão e

violência, que surgem das mais variadas formas, como a opressão política, a violência estrutural e a violência simbólica. Tais mecanismos, que foram perpetuados como formas de controle social, relacionam-se intrinsecamente com a perseguição sofrida por Olga, e evidenciam a grande omissão do Estado, em casos assim, onde por vezes os direitos das mulheres são negligenciados.

Em um período mais recente de nossa história, tivemos o importante marco na legislação brasileira, com a publicação da Lei 11.340/2006, ou Lei Maria da Penha, que inovou, em diversos sentidos, a proteção realizada aos direitos das mulheres, instituindo mecanismos de combate à essa violência contra a mulher, e, algo muito importante, reconhecendo as diversas formas de violência que existem em nossa sociedade, e as maneiras como elas se manifestam. Há, evidentemente, diversos fatores que atuam como obstáculos para a efetivação dos direitos instituídos no festejado diploma legal, como entendemos nas explicitações realizadas pelos intelectuais que se fizeram presente nesta pesquisa. Essas dificuldades justamente decorrem de um machismo estrutural que se perpetua há tempos em nossa sociedade, que, como explorado anteriormente, visam, ainda que de maneira invisível, e por vezes imperceptível, lutar contra a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres.

Ao obtermos essa exposição, que une a memória histórica, em consonância com a análise jurídica, ficou evidenciado a importância entre conhecermos as raízes da violência institucional, e seus meios de propagação, que levaram a sua impregnação na sociedade, para que possamos buscar a criação de cada vez mais políticas públicas que combatam essa forma opressão estrutural.

De tal maneira, a memória de Olga Benário Prestes não fica contida em uma mera revisitação ao passado. Mas simboliza, ainda, um ponto crítico e catalisador na busca incessável pela igualdade dos direitos de gênero em nosso País. O combate à essa violência exige, portanto, uma luta árdua e contínua, que deve ser cada mais firme na busca pelo fortalecimento dos meios legais e sociais que, de maneira inquestionável, assegurem a dignidade, a igualdade e a proteção aos direitos das mulheres.

7 REFERÊNCIAS

AZZOLINI, M. A. P. Revisitando a teoria da violência de Johan Galtung: a relação entre violência estrutural, cultural e direta. *Revista Contraponto*, v. 11, p. 1–20, 2024.

BARSTED, L. L. O feminismo e o enfrentamento da violência contra as mulheres no Brasil. In: SARDENBERG, Cecília M. B.; TAVARES, Márcia S. (orgs.). *Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento*. Salvador: EDUFBA, 2016. p. 17–40.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Vítimas de violência obstétrica denunciam negligências médicas. *Agência Câmara*, 5 out. 2023 (atualizado em 6 out. 2023). Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/noticias/1005005-vitimas-de-violencia-obstetrica-denunciam>. Acesso em: 30 jul. 2025.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 16 de julho de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jul. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 1 ago. 2025.

BRASIL. Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957. Promulga as Convenções de Genebra de 1949, destinadas a proteger as vítimas da guerra. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 ago. 1957. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d42121.htm. Acesso em: 1 ago. 2025.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [Lei Maria da Penha]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 30 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.505, de 20 de outubro de 2017. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 out. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13505.htm. Acesso em: 1 ago. 2025.

BURKE, E. *Reflexões sobre a Revolução na França*. Brasília: Editora Universidade de Brasília (UnB), 1982.

CARNEIRO, M. L. T. O caso Olga Benário Prestes: o simbolismo de um pedido de perdão. *Jornal da USP*, 2022. Disponível em: <https://jornal.usp.br/articulistas/maria-luiza-tucci-carneiro/o-caso-olga-benario-prestes-o-simbolismo-de-um-pedido-de-perdao/>. Acesso em: 31 jul. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de rotinas e estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Brasília: CNJ, 2010. 56 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/372/1/Manual%20de%20Rotinas%20e%20Estrutura%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Juizados%20de%20Viol%C3%Aancia%20Dom%C3%A9stica%20e%20Familiar%20contra%20a%20Mulher%20-%202010.indd.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2025.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Violência Institucional. [S. l.], s.d. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/defesadasvitas/vitimas/violencia-institucional>. Acesso em: 1 ago. 2025.

FEITOSA, A. P. P.; CARVALHO, V. R. B.; PIVA, J. C. A violência institucional contra a mulher vítima de crimes sexuais. *JNT Facit Business and Technology Journal*, v. 3, ed. 46, p. 83–113, out. 2023. ISSN 2526-4281. Disponível em: <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. Acesso em: 30 jul. 2025.

GALTUNG, J. Violence, Peace and Peace Research. *Journal of Peace Research*, v. 6, n. 3, p. 167–191, 1969.

LANZA, F. O poder simbólico conforme discutido em disciplina na Universidade Estadual de Londrina. Londrina: Universidade Estadual de Londrina – Grupo de Pesquisa Sociologia das Religiosidades, 2013.

- LANSKY, S. et al. Violência obstétrica: influência da Exposição Sentidos do Nascer na vivência das gestantes. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 24, n. 8, p. 2811–2823, ago. 2019.
- MORAES, F. *Olga*. São Paulo: Companhia das Letras, 1985.
- PENHA, M. Maria da Penha: “Lutei 19 anos e seis meses por justiça” (entrevista). *Marie Claire – Mulheres do Mundo*, 18 ago. 2017. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/Mulheres-do-Mundo/noticia/2017/08/maria-da-penha-lutei-19-anos-e-seis-meses-por-justica.html>. Acesso em: 30 jul. 2025.
- PRESTES, A. L. *Olga Benario Prestes: Uma vida, um combate*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- RAGO, M. *As Mulheres na História: Da Idade Média ao Século XXI*. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.
- SAFFIOTI, H. I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.
- SANTOS, C. M.; IZUMINO, W. P. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe (E.I.A.L.)*, v. 16, n. 1, p. 147–164, 2005.
- SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SARDENBERG, C. *Lei Maria da Penha: Desafios e perspectivas*. Salvador: EDUFBA, 2009.
- SCOTT, J. W. *Gender and the Politics of History*. New York: Columbia University Press, 1988.
- SILVA, A. B. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. *Jusbrasil*, 20 set. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/os-juizados-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/121814363>. Acesso em: 31 jul. 2025.
- Supremo Tribunal Federal (STF). Descrição do Julgamento Histórico do Habeas Corpus nº 26.155. [S. l.], s.d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFdescricaoHC26155>. Acesso em: 31 jul. 2025.
- TELLES, P. do N. B. G. Lei Maria da Penha – Uma História de Vanguarda. In: EMERJ. *Capacitação em Gênero, Acesso à Justiça e Violência contra as Mulheres*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, v. 14. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. p. 110–123.
- TOLEDO, F. *Vargas e a Revolução de 30*. São Paulo: Ática, 2004.
- UNINASSAU. Entenda o que é violência simbólica. *Blog UNINASSAU*, s.d. Disponível em: <https://www.uninassau.edu.br/noticias/entenda-o-que-e-violencia-simbolica>. Acesso em: 30 jul. 2025.
- United States Holocaust Memorial Museum (USHMM). Perdas territoriais alemãs, Tratado de Versalhes, 1919. [S. l.], s.d. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/map/german-territorial-losses-treaty-of-versailles-1919>. Acesso em: 31 jul. 2025.
- WACQUANT, L. Poder simbólico e fabricação de grupos: como Bourdieu reformula a questão das classes. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 96, p. 87–109, jul. 2013.

WASELFISZ, J. J. *Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil*. Brasília, DF: Flacso Brasil, 2015. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 30 jul. 2025.

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ CRIMINAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.555.431/RS: PERMANÊNCIAS INQUISITORIAIS NA DECISÃO DO MINISTRO CRISTIANO ZANIN

Bruna Azevedo de CASTRO¹

Fabrizio THOSI²

RESUMO

O presente trabalho situa-se no campo da epistemologia da prova no processo penal. Parte-se da premissa de que a aceitabilidade de práticas inquisitoriais pelos Tribunais Superiores demonstra um descompasso entre a categoria acusatória almejada pelo sistema processual e a práxis judiciária, a pesquisa buscou responder à pergunta: em que medida a decisão do Ministro Cristiano Zanin no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.555.431/RS incorpora categorias inquisitivas e manifesta uma permanência inquisitiva no âmbito do Supremo Tribunal Federal? Adotou-se o estudo de caso exploratório como metodologia, utilizando como unidade de análise a decisão do Ministro Cristiano Zanin no Recurso Extraordinário 1.555.431/RS. Concluiu-se que a decisão, de maneira acrítica, incorpora categorias de uma epistemologia inquisitiva manifestada a partir da figura de um juiz instrutor, fortalecendo a práxis inquisitiva ao legitimar no âmbito do Supremo Tribunal Federal a atuação de ofício do magistrado criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Epistemologia da prova; poderes instrutório; sistema acusatório; Supremo Tribunal Federal;

ABSTRACT

The present study is situated in the field of epistemology of evidence in criminal procedure. Starting from the premise that the acceptability of inquisitorial practices by the Superior Courts demonstrates a mismatch between the accusatorial category sought by the procedural system and judicial praxis, the research sought to answer the question: to what extent does Minister Cristiano Zanin's decision in the judgment of Extraordinary Appeal No. 1,555,431/RS incorporate inquisitorial categories and manifest an inquisitorial permanence within the Supreme Federal Court? An exploratory case study was adopted as a methodology, using Minister Cristiano Zanin's decision in Extraordinary Appeal 1,555,431/RS as the unit of analysis. It was concluded that the decision, uncritically, incorporates categories of an inquisitorial epistemology manifested through the figure of an instructing judge, rekindling inquisitorial praxis by legitimizing the

1 Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestra em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá - área de concentração: tutela de interesses supraindividuais. Bolsista da CAPES (2007 a 2008). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2005). Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina (2006-2007). Atualmente, é Professora no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), também leciona na graduação em Direito das Faculdades Londrina (Londrina -PR). Foi Professora do Centro Integrado Universitário de Campo Mourão (2015-2025). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal.

2 Professor na Universidade das Faculdades Integradas de Ourinhos (UNIFIO). Mestrando em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na linha de pesquisa Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Membro dos Grupos de Pesquisa Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas (IEER), Eficácia dos Direitos Fundamentais e Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB), vinculados à Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisador no campo do Processo Penal, com ênfase nas investigações relacionadas aos seguintes recortes: Garantismo Penal, Dogmática Crítica, Racionalismo Probatório e Sistemas Processuais Penais.

KEYWORDS: Accusatorial system; epistemology of evidence; instructing powers; Supreme Federal Court.

INTRODUÇÃO

O presente estudo insere-se de pesquisa vinculada ao campo da epistemologia da prova no processo penal, em especial quanto as investigações direcionadas a propor uma relação entre a interação dos sujeitos processuais e o grau de correlação entre essas interações e o sistema acusatório.

Desse modo, adota-se como ponto de início para a presente investigação a premissa de que, embora o art. 3º-A do Código de Processo Penal e a Constituição Federal proponham uma processualística penal de caráter restritivo do poder punitivo, há que se investigar a suficiência desses mecanismos quando contrapostos com a práxis judiciária.

Nesse sentido, a pesquisa parte de um referencial teórico de matriz crítica quanto a dogmática processual penal, notadamente direcionada a tensionar a possibilidade de produção de provas de ofício pelo julgador, de modo que, em caráter inicial, a atividade oficiosa pelo magistrado demonstra um descompasso entre a categoria acusatória almejada pelo sistema processual e a aceitabilidade de práticas inquisitoriais pelos Tribunais Superiores.

Direcionar a atividade instrutória para o magistrado implica em atribuir ao julgador a gestão do conteúdo probatório do processo, na medida que um tensionamento teórico dessa possibilidade indica um possível enfraquecimento do caráter garantista da jurisdição criminal, sobretudo em razão da redução da imparcialidade do julgador, notadamente porque, conforme será abordado ao longo da pesquisa, possibilita ao juiz complementar o conteúdo acusatório, desnivelando a estrutura funcional do sistema acusatório, uma vez que incorpora no mesmo sujeito a possibilidade de julgar e complementar a acusação.

Nesse cenário, a investigação guiou-se pelo seguinte problema: em que medida a decisão do Ministro Cristiano Zanin no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.555.431/RS incorpora categorias inquisitivas e manifesta uma permanência inquisitiva no âmbito do Supremo Tribunal Federal?

A partir do questionamento, a hipótese sugerida na presente pesquisa é a de que a decisão, de maneira acrítica, incorpora categorias de uma epistemologia inquisitiva manifestada a partir da figura de um juiz instrutor, sem que se perceba ou tente contrapor a evidente nocividade do conteúdo decisório quanto aos possíveis reflexos para o ordenamento processual penal, na medida que reacende a práxis inquisitiva ao legitimar no âmbito do Supremo Tribunal Federal a atuação de ofício do magistrado criminal.

Nesse sentido, enquanto objetivo geral, busca-se elucidar as contradições estruturais da decisão adotada pelo Ministro ao legitimar uma prática inquisitorial de forma excessivamente simplificadora – não obstante, a decisão possui apenas 4 laudas, com grande parte apenas de referência à jurisprudência – ao passo, que, do ponto de vista específico, a pesquisa propõe-se (1) a realização de um procedimento de constrangimento epistemológico (Streck, 2017, 41-44), com o intuito de verificar analiticamente o radical da decisão e (2) explorar, a partir de um referencial inserido na dogmática crítica, em que medida a decisão compromete a estrutura acusatória e a garantia da imparcialidade inerente ao julgador.

Desse modo, a presente investigação propõe um problema de pesquisa de natureza empírica com contornos analíticos pelo viés qualitativo, de modo que a preocupação da investigação recai em verificar quais as nuances da decisão analisada por uma perspectiva aprofundada quanto a sua possível representatividade do ponto de vista das permanências inquisitoriais no Supremo Tribunal Federal.

Assim, do ponto de vista metodológico, o desenvolvimento da investigação foi realizada a partir da utilização de um estudo de caso exploratório com recorte específico na decisão do Ministro Cristiano Zanin no recurso extraordinário 1.555. 431/RS quanto ao objeto análise. Em relação a escolha metodológica, optou-se pelo estudo de caso tendo em vista o potencial metodológico de, a partir de uma problematização extraída de uma situação concreta, verificar as potencialidades explicativas da teoria adotada, uma vez que possibilita a análise dos discursos encampados pela jurisprudência (Carvalho, 2013, p. 52).

Ademais, a relevância da decisão judicial escolhida para figurar como objeto de estudo de caso decorre da ausência de expectativa que recaia sobre o Ministro quanto a uma postura possivelmente restritiva das garantias do acusado no processo penal, levando em consideração a sua atuação passado como advogado em casos processuais marcados pela violação à imparcialidade pelo julgador, a exemplo da Lava Jato. Por outro lado, a posição assumida pelo Ministro de legitimar uma postura ativa do magistrado parece igualmente não corresponder às preocupações acadêmicas do Ministro Cristiano Zanin, tendo em vista a recente produção textual em que se debruça sobre a nocividade de um processo penal inserido no que conceitua como *lawfare* (Zanin; Martins; Valim, 2020).

Desse modo, o presente trabalho foi construído em duas seções, de modo que a primeira delas se volta a delimitar os aspectos dogmáticos do recurso extraordinário enquanto mecanismo recursal de fundamentação vinculada, de modo a visualizar a possibilidade concreta deste cenário possibilitar debates sobre o sistema acusatório e frear avanços inquisitivos, diante do inegável caráter constitucional do debate. Em sequência, ainda na primeira seção, a decisão proferida pelo

Ministro Cristiano Zanin foi analiticamente descrita, com exposição da problemática fática e jurídica que permearam a decisão. Além disso, buscou-se também realizar a exposição dos fundamentos decisórios da decisão tomada no Superior Tribunal de Justiça (e posteriormente reformada pelo Ministro Cristiano Zanin) para reconhecer a nulidade decorrente da atuação como acusador pelo magistrado de primeira instância, bem como a descrição de outros precedentes referenciados no julgamento do recurso extraordinário.

Acrescenta-se que a investigação dos julgados referidos na decisão do recurso extraordinário objeto do estudo de caso se fez necessária diante da ausência de elementos robustos no tocante a fundamentação da decisão proferida pelo Ministro, na medida que o conteúdo decisório se resume a quatro laudas, em sua maioria apenas colacionando ementas de outras decisões.

Em um segundo momento, em tópico próprio, o conteúdo decisório principal da decisão analisada, isto é, a legitimidade dos poderes instrutórios do juiz criminal, foi tensionada a partir da construção teórica oportunizada pela dogmática crítica das práticas processuais, a fim de investigar como e por qual motivo a assunção de poderes de instrução pelo magistrado e a consequente gestão da prova possibilitam uma reflexão no sentido de promover a manutenção de uma epistemologia inquisitiva.

1 ASPECTOS PROCESSUAIS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.555.431/RS

Em razão da natureza processual do recurso extraordinário, o objeto escolhido pra ser tratado a partir do objeto de estudo de caso assume elevada relevância para o campo do processo penal, sobretudo em matéria de sistema acusatório. Isso ocorre porque, na linha apontada por Aury Lopes Jr. (2024, p. 1272), o recurso extraordinário se insere no rol de impugnações às decisões judiciais que possuem fundamentação vinculada.

Nesse sentido, no âmbito do recurso extraordinário há uma limitação de matérias em que há possibilidade de discussão, na medida que são excluídas análises quanto ao conteúdo fático ou direcionadas ao reexame do conjunto probatório³. Assim, em razão da natureza extraordinária do recurso, a decisão limita-se a interpretação quanto às alegações de violação à principiologia processual extraída da Constituição no andamento do processo.

Entretanto, a vedação da análise quanto a possibilidade de reexame de provas via recurso extraordinário⁴ não se estende a análise de violações das regras processuais de produção probatória,

3 Importante pontuar que a separação entre questões de fato e de direito é apontada como incorreta a partir de uma interpretação crítica da dogmática recursal, na medida que há difícil dissociação entre o fato ocorrido e a sua correspondência no direito, ao passo que toda questão jurídica implicaria em uma faceta fática e outra de direito (Lopes Jr., 2024, p. 1273)

4 Nesse sentido, dispõe a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, cujo conteúdo indica que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

dada a principiologia de natureza constitucional que envolve os momentos de produção das provas no processo penal, a exemplo da vedação das provas ilícitas, questões ligadas à carga probatória ou eventual violação de princípio (Lopes Jr., 2024, p. 1272).

Explicitadas questões processuais do julgado utilizado, o presente estudo de caso analisa o Recurso Extraordinário 1.555.431/RS, que aborda validade de audiências de instrução e julgamento realizadas sem a presença do Ministério Público. O julgado teve como relator o Ministro Cristiano Zanin, que, além de legitimar a atuação oficiosa do magistrado, apresentou a divergência de entendimento entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. No caso, figura como recorrente o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, estando o recorrido representado pelo Defensoria Pública Estado do Rio Grande do Sul. O recurso extraordinário foi interposto contra um acórdão do Superior Tribunal de Justiça que anulou uma audiência de instrução e julgamento devido à ausência do representante do Ministério Público.

O argumento do Ministério Público, ao interpor o recurso extraordinário, reside na alegação de que a ausência do representante em audiências de instrução e julgamento não gera nulidade automática dos atos praticados. Fundamenta-se na ideia de que a condenação do réu, por si só, não comprova prejuízo efetivo à defesa, condição, na visão do Ministro, indispensável para a declaração de nulidade processual. O recurso extraordinário baseia-se no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, alegando violação dos artigos 5º, II, LIV e LV, e 129, inciso I.

A decisão recorrida, proferida pelo Ministro Otávio de Almeida Toledo (convocado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que a ausência do Ministério Público na audiência de instrução e julgamento, com a subsequente produção de provas pelo magistrado, desequilibra a estrutura paritária do processo e viola o sistema acusatório, na medida que a disposição prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, as perguntas devem ser formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, e que, na ausência do órgão acusatório, toda a prova colhida em sede judicial foi produzida pela inquirição direta do juízo de primeira instância, caracterizando prejuízo e, a fim de evitar a nulidade, o correto era o adiamento da audiência, com base na aplicação analógica do art. 455 do Código de Processo Penal.

Em contrapartida, o Ministro Cristiano Zanin, na relatoria do Recurso Extraordinário 1.555.431/RS, ressaltou que há jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, afirmando o posicionamento no sentido de que a ausência do representante do Ministério Público em audiência de instrução e julgamento, mesmo que devidamente intimado, não impede o magistrado de prosseguir com o ato e de inquirir as testemunhas, desde que respeitadas as demais formalidades do Código de Processo Penal.

Ademais, o Ministro enfatiza a ausência de prejuízo concreto à defesa, na medida que a

mera ausência do Ministério Público não acarreta nulidade automática, sendo necessária a comprovação efetiva de dano à parte que a alega. Assim, a condenação do réu, por si só, não é prova de prejuízo, Tal perspectiva alinha-se aos princípios da busca da verdade real e do impulso oficial, conforme os artigos 209 e 212 do CPP. Nesse sentido, o Ministro se apoia nas decisões proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes, no HC 135.371/SC, bem como nos entendimentos abalizados no HC 204.775/MG e o HC 212.669 AgR/RS, ambos de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

Nessa linha, a exposição do Ministro em conjunto com as decisões referidas, enfatiza a adoção de uma linha interpretativa do processo penal a partir da existência de prerrogativas atribuídas ao magistrado para a inquirir as testemunhas, garantindo a continuidade do processo e a busca pela verdade, sem que isso configure, por si só, violação ao sistema acusatório ou prejuízo à defesa, a menos que tal prejuízo seja concretamente demonstrado.

Assim, o posicionamento encampado pelo Ministro Zanin foi de dar provimento ao recurso extraordinário, legitimando a validade da audiência de instrução realizada e determinando a remessa dos autos ao Tribunal de origem para o prosseguimento do feito. Desse modo, a ausência do Ministério Público em audiências de instrução e julgamento não acarreta nulidade automática, na medida que encampa uma perspectiva de que há necessidade da comprovação de prejuízo concreto à defesa para a invalidação do ato processual, com fundamento nos princípios da celeridade processual e da busca da verdade real, desde que os direitos e garantias fundamentais sejam preservados.

2 A GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL: PODERES INSTRUTÓRIOS COMO MANUTENÇÃO DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA

Na linha da fundamentação encampada pela decisão analisada neste trabalho, o epicentro da discussão reside na não problematização da produção oficiosa da prova a partir da atuação exclusiva do magistrado, diante da ausência do representante do órgão acusador, no momento da audiência de instrução processual, com base na aplicação do art. 212 do Código de Processo Penal Brasileiro⁵.

Em um primeiro momento, para fins de delimitação da análise teórica a que se propõe a presente seção, há que se diferenciar a atuação probatória do magistrado da não correlata e rechaçada a partir de uma perspectiva acusatória atuação instrutória do juiz. Na linha desenhada por Ferre-Beltrán, o que se procede, na realidade, é uma ampla possibilidade de atuação probatória do

5 Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

magistrado, sem que necessariamente esse movimento seja no sentido de produzir de forma oficiosa as provas no processo (2017, p. 150).

Assim, um magistrado participativo na produção probatória no campo processual penal não necessariamente implicaria no direcionamento de ofício quanto à instrução. Em termos práticos, um magistrado provocado a decidir quanto a solicitação de uma das partes quanto a pertinência da produção de eventual tipo de prova não ingressaria na crítica aos poderes instrutórios, na medida que, nesse caso, haveria tão somente uma movimentação no sentido de direcionamento do processo (Ferrer-Beltrán, 2017, p. 151-152).

Por outro lado, o objeto de tensionamento do presente estudo deriva de uma invasão mais intensificada da figura do magistrado no campo probatório durante a instrução processual, uma vez que, quando, na terminologia aqui adotada, refere-se à poderes instrutórios do magistrado, entendem-se estes como decorrentes da atuação do julgador no sentido de determinar ou participar da produção de conteúdo probatório não solicitado pelas partes (Ferrer-Beltrán, 2017, p. 154-155).

Inobstante não se compreenda como em plena consonância da conclusões de Ferrer-Beltrán (2017) com o sistema acusatório – uma vez que, na perspectiva do autor, os poderes instrutórios do magistrado tem a sua pulsão decisionista obstada pela sujeição do material produzido ao contraditório – o destrinchamento analítico da atuação do magistrado de forma ativa em “poderes probatórios” e “poderes instrutórias” é revestida de utilidade teórica indispensável para problematizações que se debruçam sobre a figura judicial no contexto da epistemologia da prova.

Entretanto, a relevância de se buscar a raiz da estrutura possivelmente inquisitiva mantida pela gestão da prova nas mãos do julgador no processo penal brasileiro se revestiu de novos contornos com a disposição contida no art. 3º-A⁶, inserida no Código de Processo Penal pela Lei 14.964/2019, na medida que positiva o sistema acusatório como diretriz norteadora das práticas processuais, tendo como alicerce a não substituição do órgão acusador pela atuação do julgador durante a instrução processual.

Assim, da interpretação extraída do referido dispositivo, evidencia-se uma preocupação em arrefecer o impulso inquisitivo decorrente do decisionismo processual próprio de um procedimento em que a gestão da prova penal se concentra na figura do magistrado. A premissa decorre de compreender a gestão da prova como aspecto central de uma sistema processual, em especial porque, na visão de Jacinto Coutinho, a “característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado” (2018a, p. 42), sobretudo porque essa concentração permite um juízo decisório pretérito, em que se primeiro escolhe o

6 Art. 3º-A. 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.

enunciada fático conclusivo e posteriormente é empreendida pelo julgador uma busca no sentido de confirmar a hipótese (2018a, p. 43).

Mais do que isso, essa visão estruturante de uma concepção inquisitória de processo, se não pensada em sua essência, permanece nas estruturas processuais, impedindo ou afastando o atingimento de uma “democracia processual”, na medida que se escoia a partir das categorias inquisitivas que continuam presentes (Coutinho, 2018a, p. 47), sobretudo porque essa permanência das categoriais inquisitivas se fortalece essencialmente a partir da gestão da prova concentrada no julgada em decorrência da facilidade de manipulação das premissas fáticas e jurídicas pelo magistrado que, imbuído pelo viés previamente formulado, reina no “solipsismo”, pendendo a balança para o lado vulnerável da relação processual, isto é, o acusado, por sua vez, objetificado enquanto possuidor de uma verdade que deve ser extraída (Coutinho, 2018b, p. 116-117).

Ademais, diante da apontada violação da imparcialidade pelo julgador ao produzir de ofício as provas, sobretudo diante da total inércia do órgão acusador, na teorização garantista, proposta por Luigi Ferrajoli, haveria uma ruptura na legitimidade dessa jurisdição, sobretudo porque um processo penal inseguro do ponto de vista de impedimentos ao subjetivismo e decisionismo judicial se insere dentro de uma epistemologia inquisitiva, formando uma vertente “antigarantista” de processo penal (2002, p. 35-36), marcada pela ausência de controlabilidade das decisões (2002, p. 435).

Acumular, portanto, no órgão jurisdicional funções próprias do órgão acusador, implicaria, além da dispensabilidade da imparcialidade, um óbice à efetividade prática das garantias fundamentais do acusado, ao passo que a sujeição do acusado a um julgamento inserido em espaços propícios ao decisionismo criaria o risco de complementação da hipótese acusatória pelo julgador (Ferrajoli, 2002, p. 79). Com isso, um sistema verdadeiramente acusatório preocupa-se em separar de forma rígida não apenas formalmente, mas também materialmente a acusação do julgador, sendo marca constitutiva deste último a passividade e a indiferença quanto ao objeto em juízo (Ferrajoli, 2002, p. 452).

Ainda que se compreenda por uma via estritamente dogmática quanto a possibilidade de viabilização da atuação oficiosa do magistrado na inquirição de testemunhas a partir da observância do disposto no art. 212 do Código de Processo Penal, a conclusão adotada pelo Ministro Cristiano Zanin “imuniza” o caráter contraditório da decisão quando confrontada com a estrutura do sistema inquisitório, na medida que emprega conceitos “substancialmente vagos”, como a ausência de prejuízo concreto, que legitimam uma “mera aparência” (Coutinho, 2018a, p. 27) de aprofundamento analítico na temática.

Nessa linha, a mensagem declarada pela decisão investigada caminha no sentido de

compreender a figura do julgador como um sujeito processual caracterizado por uma visualização de “super parte”, no sentido de que a sua presumida posição de estar “além dos interesses” das partes seria responsável por garantir uma figura imparcial, conforme uma visão doutrinária tradicionalista e distante de perspectivas alinhadas a democracia (Coutinho, 2018a, p. 31-32).

No entanto, o julgador não deve ser compreendido a partir de um ideal supervalorizado de justiça, notadamente porque, antes de qualquer adjetivação, o magistrado é um homem comum e produto de seu próprio tempo e resultado da própria condição humana, ao passo que a visualização de um julgador “desideologizado” se reveste de inaceitabilidade e, além disso, ingenuidade (Coutinho, 2018a, p. 34-35).

Assim, sobretudo quando encampadas pelo Supremo Tribunal Federal, perspectivas jurídicas que ignoram a subjetividade humana e alçam o magistrado a um posto de imparcialidade intocada e legitimada sob o fundamento de ausência de prejuízo representam um risco não exclusivamente a democraticidade do processo penal, mas a própria qualidade das decisões do poder judiciário ou a impugnação dessas decisões pela via recursal ou autônoma.

Essa facilidade na adoção de fundamentações manifestamente inquisitivas pela Corte Constitucional parece caminhar ao encontro com a compreensão de Jacinto Coutinho ao conceber o sistema processual penal brasileiro como inquisitivo, mas com elementos agregados do sistema acusatório, transparecendo uma óptica de “sistema processual misto”, igualmente rechaçado pelo autor, tendo em vista que o princípio inquisitivo é o unificador do sistema processual penal brasileiro, na medida que concentra a gestão da prova na figura do julgador, em evidente escolha política contrária a Constituição Federal, pois torna o juiz “senhor do processo” e “senhor das provas” (2018b, p. 123-124).

Desse modo, na linha mantida pelo Ministro Cristiano Zanin, o processo penal brasileiro, ao permitir a concentração da atividade instrutória no julgador e apenas agregar a esta previsão elementos acusatórios, como por exemplo a separação de funções, o sistema processual se insere naquilo que Aury Lopes Jr denominou de modelo “(neo)inquisitório” de processo penal, isto é, historicamente não compreendido como inquisitório, mas que concentra os elementos essenciais a um procedimento autoritário (2021, p. 47).

Essa visualização decorre primordialmente da insuficiência da separação inicial das funções de acusar e julgador, na medida em que, embora a propositura jurídica e fática ingresso no processo a partir da denúncia formulada pelo órgão acusador, o modelo de gestão da prova pelo juiz impede que o magistrado permaneça em distância do enunciado posto à prova, sobretudo a partir do papel ativo que é facultado ao magistrado assumir (Lopes Jr., 2021, p. 50-51).

Diante dessa opção por um juiz ativo, a posição do Ministro Cristiano Zanin incorpora uma

vertente de compreensão processual (neo)inquisitória que, para além dos constrangimentos já identificados, macula a igualdade processual, na medida que esse descompasso na gestão da prova viola o contraditório e a estrutura processual dialética, fulminado na violação da imparcialidade (Lopes Jr., 2021, p. 55).

Perceber, portanto, a inquisitorialidade presente na decisão objeto do presente estudo de caso, permite, na formulação delimitada por Augusto Jobim do Amaral compreender que os dispositivos inquisitivos não necessariamente funcionam em evidente exposição, mas que, geralmente, são admitidos em nível “molecular” (2021, p. 423). Desse modo, o sistema inquisitivo se faz assiduamente presente não a partir de grandes violações as premissas acusatórias de forma direta e visivelmente perceptíveis sem lentes críticas, mas sim a partir de microagressões que ensejam uma prática generalizada, movimento este possível graças a “maleabilidade política” do processo penal (Amaral, 2021, p. 422).

Compreendo as permanências inquisitoriais como uma decorrência de uma construção contínua e disfarçada, essas agressões em nível micro ao sistema acusatório podem ser compreendidas sobretudo a partir das fundamentações genéricas referidas por Jacinto Coutinho e destacas no início deste tópico, em especial quando o julgador refere-se genericamente a ausência de prejuízo ou a complementariedade do conjunto probatório com base na dúvida, fundamento este último, conforme indicado por Amaral (2021, p. 429), legitimador de uma supressão do princípio da presunção de inocência, na medida que a dúvida se desloca de premissa de absolvição para justificativa de investidas promovidas pelo juiz a partir dos poderes de instrução.

Inobstante a visualização do contraditório como contrapeso à produção de provas desfavoráveis ao acusado no processo penal, a garantia não possui o condão de legitimar o confronto da prova produzida na hipótese de esta ter sido buscada pela atuação ativa do julgador, sobretudo sob o fundamento de complementação de eventual lacuna duvidosa, uma vez que o magistrado teria abandonado sua “pré-ocupação de inocência” (Amaral, 2021, p. 430). Além disso, considerar o contraditório um controle eficaz da prova ativamente produzida pelo magistrado implicaria no ilógico e contraditório cenário de impugnação pela defesa de eventual conteúdo probatório produzido pelo mesmo sujeito que irá se debruçar sobre a aludida impugnação.

Nesse viés, não se mostra viável eventual tentativa de compatibilizar a categoria inquisitiva do juiz instrutor com o processo penal democrático sob fundamento de tratar-se de mera categoria histórica, sobretudo porque, como aponta Ricardo J. Gloeckner, é possível traçar um paralelo entre a aceitação de um juiz com papel ativo e a natureza autoritária de um regime (2023b, p. 577).

Assim, Gloeckner (2023b, p. 579-581) insere a problemática dos poderes instrutórios do juiz criminal no aspecto político do processo, na medida que essa aceitabilidade deriva de uma

aproximação tecnicista entre o processo civil e o processo penal, responsável por investir o magistrado em uma figura diretora da prática processual com lastro em uma premissa de autoridade com viés principiológica.

Esperar que um magistrado participe ativamente na busca de provas durante a instrução, sem que se ressalte o enfraquecimento da imparcialidade, denota uma aceno ao tecnicismo processual pautado pela incoerente visualização de um magistrado não politizado, estritamente vinculado aos pressupostos normativos imune a desvios subjetivistas (Gloeckner, 2023b, p. 581).

Ademais a transposição de categorias estruturantes do processo civil, como por exemplo a perspectiva publicista, para o processo penal despreza a natureza específica do campo criminal, marcada por um juízo diverso daqueles inseridas na processualística civil, uma vez que aquele não se guia, por exemplo, pelo princípio da necessidade, bem como pela indisponibilidade quanto aos valores tutelados no processo penal, dada a sua correlação com o “ser” e não o “ter” (Lopes Jr., 2024a, p. 38-39).

No mesmo sentido, a decisão do Ministro Cristiano Zanin ignora a limitação de poder por intermédio da forma que é própria do processo penal, na medida que privilegia um “informalismo processual” responsável por aquebrantar as “regras do jogo” (Lopes Jr., 2024a, p. 40), notadamente ao se valor de categorias que tangenciam a Teoria Geral do Processo, como a análise do contexto processual com base na existência ou não de prejuízo ao acusado.

Além disso, a utilização da categoria “prejuízo” em decisões criminais relativiza o caráter de proteção ao acusado que o processo penal acusatório deve manter, notadamente porque viola a forma processual em fortalecimento ao exercício de poder manifestado a partir da atividade instrutória, sobretudo em decorrência da “cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado [...]” que escoa pela utilização dos prejuízo como critério de verificação de nulidade, compreendido, dessa forma, como uma manifestação de um “decisionismo antidemocrático” e da “cultura autoritária” (Lopes Jr., 2024a, p. 44-45).

Em complemento, o fundamento adotado no julgamento do recurso extraordinário para validar a inquirição de testemunhas diretamente pelo magistrado em razão da ausência física do representante do órgão acusador contraria ainda a divisão de funções tratada erroneamente por parte considerável da jurisprudência como formadora da estrutura acusatória do processo penal democrática, na medida que, ao inquirir as testemunhas, o julgador atrai para si a integralidade do ônus acusatório, de modo a retirar da acusação a precípua função de comprovar as acusações formalizadas na denúncia.

Ressalta-se, ainda, que em um procedimento pretensamente acusatório, a carga probatória restringe-se ao acusador, não havendo espaço para eventual atribuição do ônus probatório ao

acusado, bem como a usurpação pelo magistrado (Lopes Jr., 2024a, p. 42), como legitima a decisão do Ministro Cristiano Zanin.

Desse modo, a estrutura do processo penal brasileira, embora com aparência democrática em decorrência do processo de redemocratização, não foi capaz de obstar ou inviabilizar os impulsos inquisitivos, tanto do ponto de vista legislativo quanto da prática judiciária, na medida que encampa um “garantismo inquisitório” (Gloeckner, 2023a, p. 189-190) sobretudo ao não problematizar aspectos cotidianos do processo, como a inquirição de ofício pelo magistrado, quanto ao potencial propagador de práticas inquisitivas. Assim, são corroboradas práticas autoritárias e inquisitoriais – a exemplo da decisão analisada – mesmo que dentro de um sistema pretensamente democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do Ministro Cristiano Zanin no Recurso Extraordinário nº 1.555.431/RS, ao legitimar os poderes instrutórios do juiz criminal mesmo na ausência do Ministério Público, levanta sérias questões sobre a permanência de categorias inquisitivas no sistema processual penal brasileiro. A hipótese central deste estudo, portanto, se confirma: essa decisão, de forma acrítica, incorpora elementos de uma epistemologia inquisitiva, manifestada na figura do “juiz instrutor”, sem considerar a nocividade de tal conteúdo para o ordenamento jurídico e reavivando a prática inquisitiva no Supremo Tribunal Federal.

Em um primeiro momento, a pesquisa debruçou sobre os aspectos processuais do Recurso Extraordinário 1.555.431/RS, destacando a natureza vinculada desse recurso e a limitação de sua análise a questões constitucionais e principiológicas, excluindo o reexame de fatos e provas. No entanto, a decisão do Ministro Zanin, ao dar provimento ao recurso e validar a audiência de instrução mesmo com a ausência do Ministério Público, parece ignorar as preocupações direcionadas a questionar eventuais violações do sistema acusatório a partir da atuação do julgador, sobretudo ao encampar os conceitos de “prejuízo” e “verdade material”.

Quanto à gestão da prova no processo penal, a assunção de poderes instrutórios pelo magistrado representa a manutenção de uma mentalidade inquisitória. Diferenciando “atuação probatória” de “atuação instrutória”, o estudo evidenciou que a decisão do Ministro Zanin se enquadra na segunda opção, na medida que permite ao julgador determinar e produzir a produção de provas não solicitadas pelas partes. Por outro lado, a decisão desconsidera que concentração da gestão da prova nas mãos do magistrado permite um juízo decisório prévio e a busca pela confirmação de uma hipótese já formulada.

Nesse cenário, algumas provocações conclusivas são possíveis: se a separação de funções

entre acusação e julgamento é um pilar fundamental do sistema acusatório, por que, na ausência de um órgão acusador, o magistrado assume essa função? A decisão do Ministro Zanin, ao legitimar a inquirição de testemunhas pelo juiz na ausência do Ministério Público, parece desconsiderar a essencialidade da função acusatória e o risco de desequilíbrio que essa usurpação de papéis gera, transformando o julgador em uma "super parte" e comprometendo sua imparcialidade.

E se, sem a presença do promotor, o juiz pode assumir tal protagonismo, o que impede que, na presença do Ministério Público, o magistrado também corrobore com práticas inquisitivas, especialmente sob a ótica da "ausência de prejuízo"? Essa maleabilidade política do processo penal, permite que dispositivos inquisitivos se manifestem livremente, notadamente por meio de microagressões ao sistema acusatório, muitas vezes disfarçadas sob fundamentações genéricas como a falta de prejuízo concreto. A "ausência de prejuízo" torna-se, então, uma cláusula vaga e indeterminada, um "decisionismo antidemocrático" que fragiliza as garantias do acusado.

Ainda, não se pode ignorar o problema de fundamentação da decisão do Ministro Zanin. Com apenas quatro laudas e uma excessiva repetição de julgados, o acórdão carece de elementos robustos que justifiquem a legitimação de uma prática questionável do ponto de vista teórico. Essa superficialidade na análise, que se resume a colacionar ementas de outras decisões, impede um aprofundamento analítico da temática e reforça a ideia de que a decisão imuniza o caráter contraditório quando confrontada com a estrutura do sistema inquisitório, adotando conceitos substancialmente vagos.

A adoção de uma perspectiva (neo)inquisitória, que concentra elementos essenciais a um procedimento autoritário, macula a igualdade processual e a imparcialidade do julgador, violando o contraditório e a estrutura processual dialética. A decisão em questão, ao ignorar a subjetividade humana do magistrado e elevá-lo a um posto de imparcialidade intocada, representa um risco à democraticidade do processo penal e à própria qualidade das decisões judiciais.

Assim, a decisão do Ministro Cristiano Zanin, ao permitir que o juiz assuma poderes instrutórios na ausência do Ministério Público, reforça a permanência de uma mentalidade inquisitória no processo penal brasileiro. A posição compromete a imparcialidade do julgador, viola o sistema acusatório e enfraquece as garantias fundamentais do acusado, perpetuando um garantismo inquisitório que, mesmo em um sistema pretensamente democrático, corrobora práticas autoritárias.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. Limiar – Da Inflexão Inquisitiva: Sobre a Acusatoriedade no Processo Penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 [Código de Processo Penal, (1941)]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 10/07/2025

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.555.431/RS**. Relator: Min. Cristiano Zanin. Julgado em 13 jun. 2025. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 13 jun. 2025. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=7281717> Acesso em: 29 jul. 2025.

CARVALHO, Salo de. **Como não se faz um Trabalho de Conclusão de Curso**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. in: SILVEIRA, M.A.N.D & PAULA, L.C.D. (Org.), Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018a.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. in: SILVEIRA, M.A.N.D; PAULA, L.C.D. (Org.), Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018b.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER BELTRÁN, J. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**, v. 7, n. 2, p. 137-164, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal I: Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023a.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal II: autoritarismo cool e economia política do processo penal brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023b.

LOPES JR, Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 21ª Ed. São José dos Campos: Saraiva Jur, 2024a.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 10ª Ed. São José dos Campos: Saraiva Jur, 2024b.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

ZANIN, Cristiano. MARTINS, Valeska. VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. 1ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2020.

RECURSO DO VENCEDOR: A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE O INTERESSE RECURSAL E O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

André Murilo Parente NOGUEIRA¹
João Vitor Facin de FREITAS²

RESUMO

O direito de acesso à justiça é de extrema importância para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual possui previsão no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Considerando sua relevância e a necessidade de sua preservação, o presente trabalho possui como objetivo analisar a inter-relação existente entre o direito de acesso à justiça e o interesse recursal, sobretudo no que concerne aos recursos interpostos pelos vencedores do processo. Destarte, por intermédio de metodologia dedutiva e com subsídio na doutrina relacionada à matéria, discute-se o direito de acesso à justiça e sua previsão constitucional, sendo analisados seus aspectos substancial e formal. Na sequência, há especial enfoque no juízo de admissibilidade dos recursos e o requisito intrínseco do interesse recursal, com o estudo de seus critérios delimitares de necessidade e utilidade. A partir das premissas construídas ao longo da pesquisa, são estabelecidas hipóteses de interposição de recurso pelo vencedor, verificando, posteriormente, julgados acerca do conhecimento ou não destes recursos, bem assim se eventual inadmissão poderia configurar espécie de jurisprudência defensiva, afetando o acesso à justiça constitucionalmente positivado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de acesso à justiça. Recurso. Vencedor. Jurisprudência defensiva.

RESUMEN

El derecho de acceso a la justicia es de suma importancia para el mantenimiento de un Estado Democrático de Derecho, razón por la cual está previsto en el artículo 5º, fracción XXXV, de la Constitución Federal de 1988. Considerando su relevancia y la necesidad de preservarlo, este trabajo busca analizar la interrelación entre el derecho de acceso a la justicia y el interés en recurrir, en particular en lo que respecta a los recursos interpuestos por los vencedores del proceso. Por tanto, utilizando una metodología deductiva y con apoyo en la doctrina pertinente, se discute el derecho de acceso a la justicia y su previsión constitucional, analizando tanto sus aspectos sustantivos como formales. A continuación, se centra especialmente en el juicio de admisibilidad de los recursos y el requisito intrínseco del interés en recurrir, examinando sus criterios delimitadores de necesidad y utilidad. Con base en las premisas construidas en la investigación, se establecen hipótesis para la interposición de recursos por parte del vencedor, verificando posteriormente sentencias sobre el conocimiento o no de estos recursos, así como si su inadmisibilidad podría configurar un tipo de jurisprudencia defensiva, afectando el acceso a la justicia constitucionalmente establecido.

PALABRAS CLAVE: Derecho de acceso a la justicia. Recurso. Vencedor. Jurisprudencia defensiva.

1 Advogado, Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Ius Gentium Conimbrigae – Universidade de Coimbra; Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – mantido pela Instituição Toledo de Ensino - ITE; Professor de Direito Processual Civil e Coordenador do Curso de Direito da ITE/Botucatu; Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário de Bauru – ITE/Bauru; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Presidente da 25ª Subseção da OAB/SP (2013/2018). E-mail: andrenogueira@aftn.com.br.

2 Graduando 5º ano de Direito no Centro Universitário de Bauru – CEUB, mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE; E-mail: jvfacin@hotmail.com.br.

1. INTRODUÇÃO

Há de se ressaltar, inicialmente, que é indiscutível a possibilidade do indivíduo, insatisfeito com a circunstância a que está submetido, reclamar ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional do Estado, trasladando ao seu conhecimento as situações fáticas e jurídicas postas a julgamento, situação que faz parte do direito de acesso à justiça, o qual, tamanha sua importância, ganhou adjetivação constitucional.

Sob esta ótica, não basta simplesmente proporcionar aos cidadãos o mero acesso à máquina judiciária, todavia, muito além disso, faz-se necessário que o sujeito obtenha a efetiva e correta prestação da tutela jurisdicional, fazendo emergir como ferramenta apta a proporcionar ou, então, ao menos auxiliar na busca pela justiça, os recursos. No âmbito processual brasileiro, para que tais recursos sejam devidamente conhecidos e, posteriormente, analisados no mérito, hão de atravessar o juízo de admissibilidade, dentro do qual encontra-se o requisito do interesse recursal.

Por intermédio de metodologia dedutiva, através da análise da doutrina especializada e jurisprudência a respeito do tema, é escopo do presente trabalho analisar a relação existente entre o interesse em recorrer e o direito de acesso à justiça, perscrutando a possibilidade de interposição de recursos pelo vencedor da demanda como forma de assegurar garantias constitucionais como o acesso à jurisdição.

Para tanto, no primeiro capítulo, far-se-á necessário compreender o direito de acesso à justiça, mormente através de sua previsão na Constituição Federal de 1988. Em outros termos, será verificado no que exatamente consiste este direito, de maneira a entender seus significados e desdobramentos.

Prosseguindo, o trabalho abordará o juízo de admissibilidade dos recursos, aprofundando-se no que se refere ao interesse recursal e sua definição pelo binômio formado pela necessidade e utilidade. Os referidos elementos caracterizadores do interesse em recorrer serão individualmente analisados, oportunidade na qual tratar-se-á, sobretudo, da relação havida entre sucumbência na decisão judicial e utilidade do recurso por parte daquele que ganhou o processo.

A partir de tais premissas, à luz da definição adequada de interesse em recorrer estabelecida ao longo do trabalho, derradeiro capítulo servirá para demonstrar hipóteses em que há interesse recursal do vencedor. Na sequência, analisar-se-á a problemática jurisprudência acerca da matéria, relacionando-a ao direito de acesso à justiça.

Isto posto, buscando atender os objetivos da pesquisa e contribuir para elucidação do assunto sob análise, assim como refletindo acerca de instrumentos e ferramentas processuais com vistas à tutela de garantias constitucionalmente positivadas, propõe-se demonstrar ao leitor a

complexa relação existente entre o interesse recursal e o direito de acesso à justiça, tratando da forma como este pode ser influenciado por aquele.

2. O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E SEUS DESDOBRAMENTOS

Parte a pesquisa do direito de acesso à justiça³, visando compreender seus significados no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, como vê-se positivado e quais as medidas para o garantir. De antemão, percebe-se estar previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, no qual consta que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Necessário destacar, portanto, que se relaciona ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, bem assim trata-se de um direito fundamental, isto é, encontra-se dentre aqueles considerados indispensáveis à condição humana, necessários para garantir ao homem a convivência digna e livre na sociedade, possuindo, por óbvio, matriz constitucional e regime jurídico diferenciado para sua proteção.

Tamanha a relevância do direito em discussão que a ordem jurídica internacional também é incontestada ao visar promover o amplo acesso ao Poder Judiciário, tendo a Organização das Nações Unidas – ONU inserido, em sua agenda programada para 2030, o objetivo de “proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

Muito embora o direito de acesso à justiça tenha sido historicamente ligado à possibilidade de ingressar nos tribunais (acesso formal), esta é visão reducionista e insuficiente para defini-lo. Através do transcurso do tempo, construções doutrinárias concluíram que o referido direito não se limita à mera entrada no Poder Judiciário, mas sim compreende-se pela efetiva prestação da tutela jurisdicional (acesso substancial).

De nada adianta levar aos órgãos julgadores a violação de um direito se, com o exercício da atividade judicante, a maculação perpetuar-se. Inobstante a isso, importante esclarecer não se sustentar a ideia de que o acesso à justiça será concretizado somente quando houver a procedência da ação. Na realidade, far-se-á presente pela possibilidade de levar o conflito ao Poder Judiciário e, sobretudo, produzir provas, trazer argumentações e promover a discussão sobre o direito em litígio, tudo com o objetivo de buscar a correta prestação jurisdicional.

É com base neste pensamento que Mauro Cappelletti e Bryan Garth (*apud* Fux, Martins e

3 Não há que se olvidar que o “direito de acesso à justiça”, em algumas oportunidades, também é tratado pela doutrina como um princípio, sendo certo que a expressão “princípio do acesso à justiça” é, muitas das vezes, utilizada como sinônimo. Em que pese seja indiscutível a diferença existente entre princípios e direitos, sendo aquele de caráter estruturante e integrador, enquanto este é relacionado a um direito subjetivo pertencente ao indivíduo, para os fins do presente estudo, não há necessidade de diferenciação, podendo os termos serem interpretados como sinônimos.

Shuenquener, 2022, p. RB-15.3) lecionam que o direito de acesso à justiça é “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, um direito de todos”.

Referidos doutrinadores, por meio do Projeto Florença de acesso à justiça, compreendendo as múltiplas facetas que o mencionado direito possui, optaram por dividi-lo em ondas renovatórias, dentre as quais incluem-se o acesso ao judiciário pelos mais pobres e vulneráveis; proteção de direitos difusos e coletivos; métodos alternativos de solução de conflitos; novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça; dentre outras dimensões (ondas) capazes de viabilizar o direito em questão.

Constata-se, pois, que a inafastabilidade da jurisdição e acesso à justiça possuem diversas nuances, caminhando desde a democratização do ingresso no Poder Judiciário até a asseguarção às partes do direito de produzirem provas, de serem ouvidas e alcançarem um provimento jurisdicional efetivo e em tempo adequado. Este também é o pensamento de Humberto Theodoro Júnior (2024, p. 69):

É de se ter em conta que, no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. Por acesso à Justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico. [...] o acesso à justiça se dá, individualmente, por meio do direito conferido a todas as pessoas naturais ou jurídicas de dirigir-se ao Poder Judiciário e dele obter resposta acerca de qualquer pretensão, contando com a figura do juiz natural e com sua imparcialidade; com a garantia do contraditório e da ampla defesa, com ampla possibilidade de influir eficazmente na formação das decisões que irão atingir os interesses individuais em jogo; com o respeito à esfera dos direitos e interesses disponíveis do litigante; com prestação da assistência jurídica aos carentes, bem como com a preocupação de assegurar a paridade de armas entre os litigantes na disputa judicial; e com a coisa julgada, como garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva.

De forma similar, Araken de Assis (2022, p. RB-10.1) leciona que o direito de acesso à justiça reflete o dever do Estado de prestar “adequada resposta” ao caso concreto, o que, por corolário, envolve os demais pontos mencionados por Theodoro Júnior. Não diverge Fredie Didier Jr (2016, p. 286) ao afirmar que, após o exercício do direito de provocar a jurisdição, surge o direito à tutela jurisdicional, a qual deve ser qualificada pelos elementos do devido processo legal.

Portanto, é uníssono na doutrina o entendimento de que o direito de acesso à justiça é complexo, não se limitando à provocação do Estado-Juiz, envolvendo todo o desenvolvimento do processo, de modo a garantir uma prestação jurisdicional justa e com respeito à duração razoável do processo, ampla defesa e devido processo legal (direitos previstos no artigo 5º, incisos LXXVIII, LV e LIV, respectivamente). Estes são elementos que, quando presentes, denotam o acesso substancial à justiça, proporcionando a adequada prestação da tutela jurisdicional.

Ocorre que, aos olhos dos litigantes, nem sempre a solução dada à lide pelo Poder

Judiciário será correta, fazendo surgir os recursos como maneira de se buscar uma resposta adequada. Em outras palavras, isso significa dizer que a possibilidade de recorrer de uma decisão judicial está abrangida pelo direito de acesso à justiça, haja vista que, por meio dos recursos, se pretende uma prestação jurisdicional respaldada pela correta aplicação do direito ao caso concreto.

Tratando das situações jurídicas que compõem o direito de ação⁴, Fredie Didier Jr (2016, p. 287) acrescenta que recorrer de decisão judicial é uma delas, valendo mencionar a lição do doutrinador:

O direito à tutela jurisdicional, o direito a um procedimento adequado, o direito a técnicas processuais adequadas para efetivar o direito afirmado, o direito à prova e o direito de recorrer são corolários do exercício do direito de ação. Todos são situação jurídicas que compõem o conteúdo eficaz do direito de ação.

Voltando os olhos à interposição de recursos e o direito de acesso à jurisdição, fica evidente a existência de uma relação entre ambos, sendo certo que este atinge sua plenitude com ajuda daquele. Nesta senda, considerando que os recursos são remédios importantes para o acesso substancial à justiça, faz-se necessário salientar que a discussão existente acerca da possibilidade ou não de interposição de recursos por parte do vencedor pode impactar referido direito constitucionalmente positivado.

É justamente sob esta perspectiva de possível limitação ao conhecimento dos recursos interpostos pelos vencedores que surge a preocupação quanto à efetivação do direito de acesso à justiça. Sendo este o ponto fulcral da presente pesquisa, cumpre tratar do juízo de admissibilidade recursal, com especial enfoque no interesse em recorrer, para, posteriormente, analisar a possibilidade de interposição de recursos pelos ganhadores como forma de se garantir o acesso à justiça.

3. JUÍZO DE ADIMISSIBILIDADE DOS RECURSOS E DEFINIÇÃO DE INTERESSE RECURSAL

Da mesma maneira em que existentes os pressupostos de admissibilidade de uma ação, isto é, a verificação da presença das condições necessárias para que aquela demanda seja julgada, assim também o é para os recursos, os quais possuem requisitos a serem preenchidos, a fim de que possam ser admitidos e tenham sua postulação apreciada.

Relativamente ao tema, Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 105-106) explicam que “primeiro verifica-se se será possível o exame do conteúdo da postulação; após, e em caso de um juízo positivo em um primeiro momento, examina-se a procedência ou não daquilo que

4 Aqui, importante mencionar que, muito embora o jurista esteja tratando do direito de ação, também envolve o direito de acesso à justiça. Este último, como já mencionado linhas acima, possui diversos reflexos, sendo capaz de abranger direitos como o devido processo legal, ampla defesa, entre outros. Portanto, quando o doutrinador aborda o direito de ação, concomitantemente, leciona sobre acesso à justiça.

se postula”. Em simples dizeres, verificar-se-á se o recurso goza das formalidades necessárias para ser apreciado (juízo de admissibilidade) e, assim o sendo, pela análise do seu conteúdo, determinará o órgão julgador se possui o recorrente razão ou não (juízo de mérito).

Em se tratando de juízo de admissibilidade, necessário entender qual o seu objeto, assim dizendo, o que será analisado e explorado para se considerar o recurso admissível ou não. Para tanto, a mais clássica doutrina processual classifica o juízo de admissibilidade em requisitos intrínsecos e extrínsecos dos recursos. Nos primeiros, estão presentes os pressupostos de cabimento, legitimidade, interesse recursal e inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer. Por sua vez, nos últimos, incluem-se os requisitos de tempestividade, preparo e regularidade formal.

Para atingir a finalidade do presente trabalho e demonstrar a relação existente entre os recursos interpostos pelos vencedores e o direito de acesso à justiça, dispensável a abordagem específica de todos os requisitos acima mencionados, bastando aprofundamentos acerca do pressuposto intrínseco do interesse recursal.

Sendo assim, cabe, neste item, esclarecer no que consiste o requisito do interesse em recorrer e quais os elementos que o caracterizam. A tal finalidade, considerando que o pressuposto recursal ora abordado muito se assemelha ao interesse de agir, condição da ação prevista no artigo 17 do Código de Processo Civil, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1.513) explica que devem ser analisados cooperativamente:

Conforme já foi afirmado, existe uma proximidade evidente entre os pressupostos processuais e as condições da ação e os requisitos de admissibilidade recursal, sendo unânime na doutrina o entendimento de que o interesse recursal deve ser analisado à luz do interesse de agir.

É natural, portanto, que se façam paralelos entre os elementos que caracterizam o interesse de agir e o interesse recursal, sendo certo que ambos podem ser compreendidos pelo binômio⁵ formado pela necessidade e utilidade, critérios que serão, individualmente e sob a ótica dos recursos, analisados a seguir.

3.1 Necessidade

Tratando-se da necessidade de interposição de recursos, esta restará verificada quando outro meio processual não for apto a proporcionar a vantagem que a irresignação é capaz de trazer, ou seja, o recurso deve ser o único instrumento possível para se obter o resultado almejado pelo

5 Neste ponto, destaca-se que há divergência doutrinária quanto aos elementos caracterizadores do interesse recursal. O mencionado requisito pode ser compreendido por alguns juristas pelo binômio necessidade e adequação, enquanto, por outros, necessidade e utilidade. Fugindo à dicotomia e aderindo a um conceito trinomial, existem aqueles que entendem o interesse recursal como sendo composto pela necessidade, utilidade e adequação. Para os fins metodológicos do presente trabalho, bem assim por ser a posição da doutrina com a qual filiamo-nos, adota-se o entendimento de que o interesse recursal é formado pela relação binomial entre necessidade e utilidade do recurso.

recorrente.

Questão interesse se refere à necessidade ou não de recurso quando existe mais de um meio para impugnar a decisão judicial. Ainda que haja outra forma de se alcançar a utilidade pretendida por aquele que recorre, se for o recurso o meio mais prático e eficiente, também se reputa existente sua necessidade.

A título de exemplificação, imagine ação em que os pedidos do autor são julgados procedentes, no entanto, através de decisão viciada e proferida de forma *ultra petita*. Muito embora não se contrarie a possibilidade de ajuizar eventual ação rescisória, também é aberto aos sujeitos impugnar tal decisão pela via recursal, uma vez que se mostra mais eficaz e célere diante da já formada relação processual. No caso, há de se reconhecer, como resultado, a existência da necessidade de interposição de recursos.

Segundo Carolina Uzeda (2024, p. 138), é certo que, já tendo sido instaurada a relação jurídica processual, ambiente público, severamente fiscalizado e normalmente priorizado pelas partes, em regra, o recurso será o meio mais eficaz para obtenção do resultado pretendido, sendo raras as situações em que se faz desnecessário, razão pela qual existe uma presunção de necessidade dos recursos.

Resumidamente, o critério de necessidade, quando atrelado ao interesse recursal, pode ser definido através da ideia de que o recurso deve ser o único instrumento apto a alcançar o resultado visado pelo recorrente e, mesmo se assim não o for, caso seja o instrumento mais prático, eficiente e menos gravoso para a parte, será o recurso necessário.

3.2 Utilidade

Por sua vez, dizer que o recurso deve ser útil para que reste caracterizado o interesse recursal, significa que deverá proporcionar situação mais vantajosa para o recorrente, do ponto de vista prático. Verificar-se-á se o recurso pode oferecer situação mais favorável àquele que recorre, lecionando Carolina Uzeda (2024, p. 154) que “basta, ainda, excepcionalmente, que o recurso seja apto a entregar à parte situação melhor do que aquela decorrente da decisão recorrida”.

É nítido que, na medida em que não houver o acolhimento dos pedidos da parte, por óbvio, esta é hipótese em que o recurso lhe trará eventual posição jurídica melhorada quando de seu provimento. Sempre que houver decisão contrária ao pedido formulado, àquele que realizou o pedido será verificada a utilidade de um futuro recurso.

Assim, reside nos operadores do direito a ideia de que a utilidade do recurso surge com o prejuízo causado pela decisão judicial e desacolhimento do pedido da parte, gravame que pode ser compreendido por sucumbência. Até mesmo doutrinas estrangeiras, principalmente italianas como

Liebman (1961, *apud* Carolina Uzeda, 2024, p. 146) e Carnelutti (1960 *apud* Flávio Cheim Jorge, 2017, n.p.), fazem esta associação.

Logo, a sucumbência pode ser identificada através do desacolhimento do pedido formulado pelo litigante e o acolhimento do pedido da parte adversária, isto é, há de se fazer uma comparação entre aquilo que foi objeto do pedido e aquilo que foi decidido pelo Poder Judiciário, sendo esta a denominada sucumbência formal.

A insuficiência deste critério de sucumbência fez surgir na doutrina a utilização de outros métodos, sobrevivendo a noção de que sucumbência também pode ser compreendida por qualquer prejuízo ocasionado à parte com a decisão proferida, independentemente da análise entre aquilo que foi pedido e o quanto decidido pelo magistrado. Esta é a chamada sucumbência material.

Em ambos os tipos de sucumbência, repare que é feita uma análise retrospectiva para aferição do interesse-utilidade, isto é, compara-se a situação da parte quando proferida a decisão e o momento anterior à sua prolação, “olhando-se para trás”. Se houver o não acolhimento dos pedidos da parte ou qualquer piora de sua situação quando comparada à situação precedente, diz-se que haverá sucumbência e, conseqüentemente, interesse recursal.

No entanto, os conceitos de sucumbência acima delineados não são suficientes para prever todas as hipóteses de utilidade do recurso. Tome-se como exemplo o caso em que houve decisão terminativa do processo com extinção da demanda sem resolução do mérito. Ao réu, muito embora tenha tido seu pedido acolhido com a preliminar de ausência de interesse de agir, por exemplo, deve lhe ser permitido o acesso à via recursal, pois poderá obter com o provimento do recurso o julgamento do mérito da causa, não podendo mais a ação ser reproposta à luz da coisa julgada material.

Inexiste sucumbência formal no caso, pois houve o acolhimento do pedido do réu acerca da inexistência do interesse de agir da parte autora. Também não há sucumbência material, porque a solução adotada pelo Poder Judiciário não lhe causou piora alguma. Todavia, o provimento do recurso do réu lhe trará situação mais vantajosa do ponto de vista prático, caracterizando a utilidade do recurso.

Referida noção de utilidade totalmente desprendida da sucumbência foi formulada por José Carlos Barbosa Moreira em sua dissertação/tese de livre docência intitulada “O juízo de admissibilidade no sistema de recursos civis” (1968, *apud* Flavio Cheim Jorge, 2017, n.p.), produzindo efeitos no campo doutrinário desde então.

Visando solucionar as lacunas deixadas pela sucumbência, a definição de utilidade sustentada pelo doutrinador é realizada através de uma ótica prospectiva, ou seja, não há de se fazer comparações entre o momento da prolação da decisão e a situação anterior, mas sim do instante em

que proferida a decisão e uma futura melhora da situação do recorrente com o provimento de seu recurso, “olhando-se para frente”. Carolina Uzeda (2024, p. 153) sintetiza a existência dos tipos de sucumbência e de critério autônomo aferidor de utilidade:

Há três distintas situações, que não podem ser confundidas. A primeira delas é a sucumbência formal, relacionada ao pedido e à causa de pedir. A segunda, sucumbência material, ainda sob uma ótica retrospectiva, trata dos prejuízos sofridos pela parte, independente da aparência de vitória. A terceira, enumerada por José Carlos Barbosa Moreira, diz respeito não à existência de sucumbência formal ou material, mas à possibilidade de a parte, com o recurso, obter proveito prático maior do que aquele que a decisão recorrida é apta a entregar.

Ao que se pode perceber, a sucumbência funciona como indicativo de utilidade do recurso⁶. É possível extrair a máxima assertiva de que todas as situações em que houver sucumbência, seja ela formal ou material, existirá também a utilidade do recurso, mas nem todas as hipóteses de utilidade implicarão na verificação de sucumbência.

Em que pese a sucumbência seja bom indicador, não se presta a verificar o interesse-utilidade em todas as situações processuais que surgirão, devendo a utilidade do recurso ser identificada através de qualquer possibilidade de melhora do ponto de vista prático da situação do recorrente, sobretudo em perspectiva futura. Se, sob qualquer prisma, o recurso da parte puder lhe trazer condição mais favorável quando de seu provimento, verificada estará a utilidade recursal.

Realizada a análise do binômio composto pela necessidade e utilidade, conclui-se que a definição do interesse em recorrer é a de que o recurso deve ser necessário a ponto de ser o único instrumento processual apto a obter a utilidade pretendida ou, então, o mais célere e eficiente à disposição da parte; e precisa ser útil de modo a proporcionar ao recorrente qualquer melhora do ponto de vista prático, em visão prospectiva, não sendo identificada a utilidade somente através da sucumbência.

Portanto, houve de ser compreendido o requisito do interesse em recorrer, premissa básica para se abordar, no tópico seguinte, a possibilidade de interposição de recursos pelo vencedor da demanda, situação aparentemente paradoxal que ganha relevância teórica e prática. Ocorre que o recurso do vitorioso, muitas das vezes, não é bem-visto pelos operadores do direito, afinal, surge o pensamento: “se ganhou, não há por que recorrer”.

Todavia, faz-se possível confrontar referido raciocínio, motivo pelo qual será demonstrado que a admissão de recurso do vencedor relaciona-se com o direito de acesso à justiça, bem como se investigará se eventual rigidez no reconhecimento do interesse recursal do vencedor, tal como realizado pela jurisprudência, pode de infirmar o acesso à justiça constitucionalmente garantido.

6 Da mesma forma, Flávio Cheim Jorge (2017, n.p.) sustenta que a sucumbência é tão somente sintoma de interesse recursal.

4. A POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PELO VENCEDOR COMO FORMA DE SE GARANTIR O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

De nada adianta, nos capítulos anteriores, compreender a existência de uma relação entre o interesse em recorrer e o direito de acesso à justiça, bem assim assimilar a definição do mencionado requisito recursal sem, no entanto, tentar visualizá-lo sob o ponto de vista prático. Em razão disso, este capítulo do trabalho dedica-se a demonstrar hipóteses em que, tendo como referência a definição de interesse recursal pelo binômio necessidade-utilidade, existirá interesse em recorrer da parte vencedora da demanda. Para além disso, serão analisados julgados dos pátrios tribunais, a fim de compreender seus posicionamentos e a (in)efetivação do acesso substancial à jurisdição.

De antemão, necessário mencionar que, para os fins didáticos do trabalho, o vencedor do processo pode ser considerado como aquele que obteve situação jurídica mais favorável com a decisão proferida. Há quem opte por definir o vencedor a partir da sucumbência, elegendo o ganhador como aquele que não sucumbiu. Todavia, como já visto durante a pesquisa, este é critério insuficiente.

Considerando a existência de polos processuais com pretensões e interesses contrapostos, a resolução dada à lide pelo Poder Judiciário, necessariamente, será mais favorável a um ou outro. Exatamente este, portanto, deve ser o critério utilizado para se verificar qual a parte ganhadora do processo: aquele que, pelo pronunciamento judicial, obteve posição jurídica mais favorável é o vencedor.

Sendo assim, à luz das definições de interesse recursal e vencedor explanadas no trabalho, é plenamente possível a interposição de recursos pelo ganhador da demanda, sempre que a irresignação puder lhe trazer alguma vantagem prática. Diversas são as situações imagináveis, cabendo, sem a pretensão de esgotar todas as possibilidades que podem surgir no Poder Judiciário, mencionar algumas delas.

Como primeira hipótese de interposição de recursos pela parte vencedora do processo, precisam ser mencionados os embargos de declaração previstos no artigo 1.022 do Código Processual Civil. Esta é modalidade de recurso que serve para o esclarecimento de decisão judicial, sempre que verificados omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Conforme explica Eduardo Talamini (*apud* Enio Nakamura Oku, 2022, p. 140) “Mesmo que a parte tenha sido integralmente vitoriosa, ela tem interesse jurídico para a interposição dos embargos de declaração”.

É preciso mencionar, também, a interposição de recurso pelo vencedor em face de decisões terminativas. Carolina Uzeda (2024, p. 159) bem ressaltou que a possibilidade do réu impugnar decisão terminativa é, há muito tempo, admitida pela doutrina, que assim a permite devido à estabilização da decisão causada pela coisa julgada material. A situação já foi, inclusive, objeto de

menção no presente trabalho, na oportunidade em que se abordou a insuficiência da sucumbência como critério aferidor de utilidade no interesse recursal.

Referido posicionamento decorre do fato de que o novo julgamento, com mérito resolvido, trará ao recorrente a coisa julgada material e, conseqüentemente, maior segurança jurídica, não podendo a demanda ser reproposta. Vale mencionar as lições de Humberto Theodoro Júnior (2025, p. 924), o qual corrobora a análise e traz um exemplo prático de recurso do réu vencedor:

Assim, se, por exemplo, o processo foi extinto por falta de interesse, porque a dívida não estava vencida ao tempo do ajuizamento da ação (carência da ação), mas o vencimento ocorreu no curso do processo, o réu pode recorrer para que sua defesa de mérito seja apreciada e a improcedência do pedido seja declarada. Com isto, evitaria que o autor da ação extinta voltasse a propô-la, visto que se alcançaria a formação da coisa julgada material, que a mera extinção por falta de interesse processual não acarreta.

Ademais, o recurso do ganhador se faz admissível contra decisão de procedência quanto ao pedido de dano moral genérico. Não se discute aqui a possibilidade ou não de formulação deste tipo de pedido, mas é certo que, em reputando-se possível o dano moral genérico, com a procedência da ação, existirá interesse recursal do vencedor para ver aumentado o montante indenizatório. Este é o mesmo entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1.515):

Partindo-se da premissa de que continua a ser cabível o pedido genérico nesse caso – com o que não concordo – a concessão de qualquer valor gera uma sentença de procedência do pedido, mas o autor tem interesse recursal para aumentar o valor da condenação; afinal, o pedido foi dirigido ao Poder Judiciário e não ao juiz de primeiro grau.

Explicando a mencionada possibilidade, é nítido que, com a sentença julgando procedente a ação, o autor é vencedor pois obtém decisão mais favorável. O recurso é admitido porque funciona como o único meio processual para ver aumentado o valor da condenação (necessidade) e, também, pois há a possibilidade, em ótica prospectiva, de melhora prática da situação do recorrente com incremento na indenização (utilidade).

Também é certo que, em face de uma decisão eivada de vícios, é compatível a interposição de recursos pelo vencedor, haja vista que deve esperar da decisão judicial seus regulares efeitos. Também se adequa ao entendimento Araken de Assis (2021, p. RB-4.10), lecionando que:

caracterizado vício de qualquer natureza no provimento, nasce o interesse de o vencedor recorrer, sobretudo interessado num provimento escorreito e isento de nulidades, e, assim, apto a lhe assegurar a vitória duradouramente – e, principalmente, esgotados os recursos, protegido contra o ulterior ataque do provimento por via de rescisória.

Evidente que uma decisão viciada, qualquer que seja a natureza de seu vício, poderá não proporcionar as utilidades/efeitos que dela se esperam, inclusive quanto ao título executivo judicial a ser formado, razão pela qual, até mesmo para o vencedor do processo, lhe é aberta a via recursal para ver corrigido o defeito. Trata-se de busca pela correta prestação da tutela jurisdicional e, por conseguinte, acesso substancial à justiça.

Ainda, outras são as formas reconhecidas de recurso pelo vencedor do processo, valendo mencionar a irresignação apresentada com o objetivo de fixar ou majorar os honorários advocatícios. Indubitável que, ao ganhador da demanda, muito embora a decisão lhe tenha sido favorável, é possível que a mesma não tenha determinado a condenação da parte adversária em honorários advocatícios ou, então, foram concedidos em quantia inferior à máxima, existindo recorribilidade quanto a este quesito.

Também há a possibilidade de o ganhador apresentar recurso de apelação em face de decisão interlocutória não agravável. O clássico exemplo trazido pela doutrina é o vencedor em decisão final do processo que teve pedido de produção de prova indeferido no curso do mesmo. Inicialmente, não vislumbrando-se melhora prática de sua situação, não é possível recorrer, seja da sentença ou, então, da decisão interlocutória. Contudo, a partir do momento que há interposição de apelação pela parte contrária, existe a possibilidade de reforma da sentença que lhe é favorável, fazendo surgir ao ganhador do processo o interesse em recorrer da decisão interlocutória não agravável.

Cuida-se da apelação prevista no artigo 1.009, §1º, do Código de Processo Civil, cuja interposição se dá em sede de preliminar de contrarrazões. Analisando casos como esse, Carolina Uzeda (2024, p. 218) conclui que

a vantagem que legitima a interposição do recurso é aquela decorrente da certeza de que, caso reformada a sentença, todas as questões a ele (vencedor) favoráveis serão oportunamente apreciadas, de forma a manter sua condição vitoriosa.

Para além destas hipóteses, registra-se concebível o recurso do vencedor acerca de questão prejudicial incidental, uma vez que, conforme artigo 503, §1º, do Código de Processo Civil, podem sujeitar-se à coisa julgada. Ressalta-se que a prejudicial arguida é, normalmente, decidida na fundamentação da decisão, sem menção no dispositivo da sentença, e não obstante a isso, há interesse em recorrer do vitorioso no processo, considerando que o acolhimento da questão prejudicial pode lhe trazer proveito prático maior a depender do caso concreto.

Também entende dessa forma Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1.516), para quem eventual prejuízo da decisão advém de sua fundamentação “de forma que a parte vitoriosa no mérito terá interesse recursal exclusivamente para modificá-la”. Prossegue o doutrinador trazendo amostra de recurso do vencedor:

Mathias ingressa com ação de alimentos contra Felipe, que em sua contestação alega não ser pai do autor, criando, assim, uma questão prejudicial referente à paternidade. Preenchidos os requisitos do art. 503, §§1º (positivos) e 2º (negativos), o juiz reconhece a paternidade de Felipe, mas julga improcedente o pedido, entendendo que o autor tem até mais condições de se manter do que o réu. Nesse caso, apesar de vitorioso, é inegável que o interesse recursal de Felipe de recorrer contra a decisão de questão prejudicial que o reconheceu como pai de Mathias.

Outrossim, existe o recurso do vencedor nas situações de coisa julgada *secundum eventum probationis*, conjuntura na qual a demanda é extinta por não existirem provas suficientes para uma condenação, podendo a ação ser reproposta com base em provas novas. Nesta hipótese relacionada ao processo coletivo, poderá o réu vitorioso manejar recurso para ver alterada a fundamentação da decisão, visando tornar impossível o ajuizamento de uma nova ação sobre os mesmos fatos.

Constata-se, portanto, que o recurso do vencedor guarda estreita relação com a adequada e correta prestação jurisdicional, razão pela qual também está intrinsicamente associado ao direito de acesso à justiça. Em verdade, passa-se a perquirir o acesso substancial à justiça através do conhecimento dos recursos interpostos pelo vitorioso no processo.

Sendo assim, após exame de casos nos quais, sob nossa ótica, devem ser admitidos recursos do vencedor, faz-se necessário analisar como os tribunais brasileiros têm reagido à questão, se há ou não o conhecimento das irresignações e quais os parâmetros adotados pelas Cortes acerca da formulação do interesse recursal.

Iniciando a análise do posicionamento dos tribunais, é possível mencionar a Apelação n.º 0007446-61.2016.8.06.0160, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – TJCE. Este é processo no qual houve interposição do recurso por parte do réu na ação.

O Tribunal, levando em consideração que a demanda havia sido julgada improcedente pelo juízo de primeiro grau, entendeu que não havia sucumbência do recorrente vencedor, razão pela qual disse ser inexistente o interesse recursal. Tendo a 2ª Câmara de Direito Privado do TJCE não conhecido do recurso por unanimidade, vale transcrever trecho do voto do Desembargador Relator Teodoro Silva Santos (2017, p. 1-2):

Ab initio, importante destacar que no recurso em epígrafe postula a apelante a reforma da sentença. Todavia, verifico a falta de interesse recursal ante a ausência de sucumbência, em virtude do decreto sentencial ter julgado totalmente improcedente os pedidos da exordial.

Para o órgão julgador, o simples fato de o réu ter obtido a sentença de improcedência da ação, o que foi denominado de “ausência de sucumbência”, é fator que leva à inadmissão do recurso. Com relação à ideia de sucumbência traduzida no julgado, é evidente que o interesse recursal foi auferido mediante ótica retrospectiva, ou seja, utilizou-se da decisão de improcedência do pedido do autor para dizer que o réu não sofreu prejuízo.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP também vem decidindo que a ausência de sucumbência conduz à inadmissibilidade dos recursos. Destaca-se a apelação n.º 1003156-31.2023.8.26.0306, julgada pela 2ª Câmara de Direito Privado:

APELAÇÃO CÍVEL. BANCÁRIOS COM REVISÃO. Direito privado. Ação de exibição de documentos. Contrato de empréstimo pessoal. Ausência de interesse recursal. Não conhecimento do recurso. I. QUESTÕES EM DISCUSSÃO: A questão em discussão consiste em verificar a existência de interesse recursal da autora na apelação interposta e a

presença dos requisitos de admissibilidade do recurso. II. RAZÕES DE DECIDIR: A sucumbência constitui pressuposto necessário para a admissibilidade recursal. Inexistindo prejuízo à parte autora na sentença apelada, não há interesse recursal, caracterizando ausência de sucumbência. O recurso não atendeu ao princípio da dialeticidade, uma vez que os argumentos apresentados não apontam sucumbência que justifique a apelação. III. DISPOSITIVO E TESE: Não se conhece do recurso de apelação interposto pela autora, ante a ausência de interesse recursal e o desatendimento aos requisitos de admissibilidade. A inexistência de sucumbência impede o conhecimento do recurso por falta de interesse recursal, sendo inviável a apelação quando não se demonstra prejuízo ou interesse jurídico a ser protegido. RECURSO NÃO CONHECIDO (TJ-SP - Apelação Cível: 10031563120238260306 José Bonifácio, Relator.: Marcia Tessitore, Data de Julgamento: 07/11/2024, Núcleo de Justiça 4.0 em Segundo Grau – Turma II (Direito Privado 2), Data de Publicação: 07/11/2024)

Este foi caso de ação de exibição de documento, julgada procedente para condenar a requerida Crefisa S.A. a fornecer cópia do contrato em discussão. Não obstante à procedência da ação, houve interposição de apelação pelo vencedor do processo, a fim de que fosse determinado à parte ré a exibição de todos os contratos celebrados com o autor nos últimos 10 anos, bem como a fixação de honorários segundo a regra inserta no artigo 85-A do Código de Processo Civil (estas configuram-se como as vantagens práticas a serem obtidas com o provimento do recurso).

No entanto, o TJSP sustentou que, ausente sucumbência/prejuízo, não deveria ser o recurso conhecido. Nas palavras da Desembargadora Relatora Marcia Tessitore (2024, p. 3), “a sucumbência é requisito intrínseco à admissibilidade do recurso, e sua inexistência deve conduzir ao não conhecimento do apelo por falta de interesse recursal”.

O Tribunal fez simples análise retrospectiva para definir o interesse em recorrer e, ao observar que houve o acolhimento da pretensão autoral, ignorou qualquer possibilidade de melhora de sua situação com o provimento de seu recurso. Evidentemente, existiam proveitos práticos a serem conquistados no caso concreto: a exibição de mais documentos pela requerida e a fixação de honorários de advogado.

Não somente o TJCE e TJSP têm decidido pela necessidade de sucumbência na identificação do interesse recursal, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça – STJ, o qual possui a missão de pacificar a interpretação de lei infraconstitucional, também já proferiu decisões neste sentido.

É interessante mencionar o Agravo Interno em Recurso Especial n.º 1853371 – DF, no qual constou que “não havendo sucumbência da parte recorrente em relação ao ponto do seu inconformismo, verifico a inexistência de interesse recursal, de modo que não se conhece o agravo interno” (Manoel de Oliveira Erhardt, 2022, p. 2). O Tribunal tratou exatamente do interesse recursal e sua relação com a sucumbência, tornando-se importante reproduzir a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. MILITAR. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA. FALTA DE INTERESSE

RECURSAL. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR NÃO CONHECIDO. 1. Não havendo sucumbência da parte recorrente, verifica-se falta de interesse recursal (AgRg no AgRg no REsp 1.501.356/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/06/2020, DJe 17/06/2020; AgInt no AREsp 1.013.111/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 16/12/2019). 2. Agravo Interno do particular não conhecido. (STJ - AgInt no REsp: 1853371 DF 2019/0371677-4, Data de Julgamento: 22/11/2022, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/11/2022)

No entanto, há luz no fim do túnel. Quando do julgamento do Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança n.º 63.008 – MA, também julgado pela 1ª Turma do STJ, houve fixação de entendimento completamente desligado da sucumbência, lecionando-se que o interesse recursal é obtido com possível melhora na situação do recorrente. Vale destacar a ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NECESSIDADE E UTILIDADE NÃO DEMONSTRADAS. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O interesse recursal pressupõe que a situação jurídica a ser obtida após o êxito do recurso seja mais proveitosa ao recorrente que aquela já experimentada com a prolação da sentença ou acórdão, bem como seja o recurso interposto o meio necessário e adequado para obter a desejada vantagem. 2. No caso ora examinado, o impetrante obteve a concessão da ordem para figurar na 49.ª posição na lista dos classificados na ampla concorrência, mas maneja o recurso para que também lhe seja assegurado o 12.º lugar na lista dos candidatos às vagas reservadas aos autodeclarados negros/pardos. Todavia, aplicada a regra editalícia, o candidato classificado na 12.ª colocação da lista dos cotistas somente fará jus à 58.ª vaga, posteriormente, portanto, à nomeação do 49.º candidato da ampla concorrência, fato que subtrai a necessidade e utilidade do recurso. 2. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no RMS: 63008 MA 2020/0044281-8, Relator.: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 12/05/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2020).

O que se verifica, portanto, é que os tribunais pátrios possuem o conhecimento da doutrina que sustenta a aplicação do binômio necessidade-utilidade para identificação do interesse em recorrer, com a análise dos mesmos em perspectiva futura. Entretanto, observou-se ser aplicado, muitas das vezes, indiscriminadamente, o parâmetro da sucumbência, em verdadeira afronta ao direito de acesso à justiça previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

É fato que, na medida em que nenhum direito ou garantia fundamental faz-se absoluto, existe a possibilidade de restringimentos do direito de acesso à justiça. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2018, p. 203), eventuais restrições aos direitos fundamentais podem ser legítimas, mas devem possuir, sobretudo, caráter coordenativo antes que restritivo, bem assim serem as menores possíveis.

Logo, a existência de um juízo de admissibilidade recursal, por si só, não configura infração ao direito de acesso à justiça, muito pelo contrário, a análise dos requisitos recursais com eventual resposta do Poder Judiciário constatando a ausência dos mesmos é tutela jurisdicional justa e adequada. Todavia, caso sejam impostas restrições espúrias ao conhecimento dos recursos, aí sim haverá ofensa ao direito em comento.

Para corroborar a análise, destacam-se os pensamentos de Araken de Assis (2022, RB-10.3) que, paralelamente, ao tratar da inadmissibilidade de pedido formulado ao juiz, entende que pode haver degradação do acesso à justiça caso o óbice imposto ao conhecimento da questão seja irrazoável:

Em princípio, as condições que a lei estabelece para autorizar o juiz a julgar o mérito (v.g., capacidade para conduzir o processo; interesse processual), ou inadmissibilidade, em tese, do pedido formulado ao juiz, não constituem obstáculos ao pleno exercício do direito de acesso à Justiça. Ao contrário, traduzem as exigências irremovíveis para que esse direito seja aproveitado legitimamente. Às vezes, porém, o legislador se vale do artifício de mascarar óbice real do acesso adequado à Justiça mediante condição pouco razoável ou irrealizável.

Ao que se percebe, diante dos infundáveis números de processos tramitando hoje na justiça brasileira, o não conhecimento dos recursos dos vencedores dá-se pelo congestionamento do Judiciário. O relatório estatístico “Justiça em Números 2024”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, demonstra que, em 2023, o Poder Judiciário observou 35,2 milhões de novos processos, bem assim finalizou o ano com 83,8 milhões de processos aguardando solução definitiva.

O estudo quantitativo também analisou a questão sob o olhar das irresignações, elaborando índices de recorribilidade, os quais estão divididos em interna e externa. Enquanto esta se refere aos recursos endereçados a órgão distinto do prolator da decisão recorrida, aquela traduz noção de recurso para o mesmo julgador.

A recorribilidade externa das decisões de primeiro grau proferidas em processos de conhecimento atinge 25,1%, ou seja, pouco mais de um processo a cada quatro chega nos tribunais de segundo grau. Da mesma forma, quanto às decisões proferidas em processos de execução, o índice de recorribilidade externa é de 6,7%. Ainda com percentual expressivo, no que se refere à recorribilidade externa dos próprios tribunais de segunda instância, 26,2% das decisões proferidas por estes chegam aos tribunais superiores⁷.

Quando se leva em consideração o já mencionado enorme número de processos que tramitam no sistema de justiça, chega-se à conclusão de que os tribunais recebem infundáveis recursos, e a tendência é cada vez aumentar de forma proporcional ao crescimento da litigiosidade. Considerando, portanto, que o Poder Judiciário está assoberbado de processos, qualquer oportunidade para eliminar um deles é válida.

⁷ Chama atenção o fato de que, nos Tribunais Superiores, a recorribilidade interna apresentou o índice de 46% no ano de 2023. Isso significa que, em face de quase metade das decisões proferidas pelas Cortes Superiores, são interpostos recursos endereçados para o mesmo órgão prolator da decisão.

Para os pátrios tribunais, caso a aplicação de parâmetro insuficiente para se auferir o interesse recursal, tal como a sucumbência, seja capaz de proporcionar o não conhecimento do recurso da parte, seja ela vencedora ou não, assim o farão. Independentemente de ser correto ou não o critério adotado, tratar-se-á de menos um recurso a ser julgado.

Daquilo que se viu dos julgados analisados no trabalho, é claro que os tribunais brasileiros conhecem da doutrina que exige o preenchimento da necessidade-utilidade em ótica prospectiva para se identificar o interesse recursal. Contudo, mesmo compreendendo a controvérsia que gira em torno do interesse em recorrer, os tribunais não abandonam o parâmetro da sucumbência, o que serve para não os sobrecarregar.

A prática verificada nos tribunais concernente em não conhecer de recursos pela ausência de sucumbência⁸, criando obstáculos para sua admissibilidade, surge em reflexo aos números alhures, os quais demonstram a exorbitante quantidade de processos e recursos tramitando na justiça.

Trata-se de verdadeira jurisprudência defensiva, ou seja, “um conjunto de medidas (na maioria das vezes sem previsão legal expressa) destinadas a obstaculizar o exame do mérito de recursos destinados ao STJ e ao STF” (Teresa Arruda Alvim e Nelson Nery Junior, 2021, p. RB-6.3). Muito embora se dê com mais frequência nos Tribunais Superiores, nada impede que os tribunais de segundo grau imponham restrições ilegítimas para o conhecimento dos recursos, prática que também deve ser reconhecida como jurisprudência defensiva⁹.

Transpondo a definição de jurisprudência defensiva para a situação observada nos julgados acima analisados, não é demais afirmar que a utilização da sucumbência como único parâmetro para se identificar o interesse recursal constitui óbice ilegítimo ao conhecimento dos recursos, o que os tribunais fazem no intuito de diminuir o volume de processos que os assombra.

Não obstante muito utilizada, esta é prática perigosa que se relaciona com o tolhimento de direitos das partes litigantes, já que a imposição de obstáculos excessivos ao julgamento de mérito retira credibilidade do Poder Judiciário, afasta a confiança dos jurisdicionados e, especialmente, fere o acesso substancial à justiça.

Já foi visto no trabalho que os direitos fundamentais podem sofrer de comedimentos. No entanto, restrições ilegítimas tais como as abordadas aqui atingirão os direitos que visam ser

8 Vale rememorar, mais uma vez, que a sucumbência não deve ser compreendida como critério identificador de utilidade/interesse recursal, pois este, com a utilização de ótica prospectiva, pode ser auferido sem sucumbência. Ela não se presta a demonstrar interesse-utilidade em todas as situações processuais, funcionando apenas como um indicativo do interesse em recorrer.

9 Flávio Cheim Jorge (2017, n.p.) explica que o fenômeno da jurisprudência defensiva é a “interpretação inadequada dos requisitos de admissibilidade, por intermédio da imposição de restrições ilegítimas, indevidas e ilegais ao conhecimento dos recursos”. Reconhece o jurista que é mais praticada no âmbito dos tribunais superiores, mas que nada impede que sejam utilizadas pelos tribunais de segundo grau.

assegurados pelos recursos. Com a mesma percepção, Raquel Xavier Vieira Braga (2021, p. 155) leciona:

No contexto, a jurisprudência defensiva, quando aplicada de maneira automática e mecanizada, não se encaixa no compromisso constitucional de prestação jurisdicional que contempla um verdadeiro sistema de garantias processuais.

O direito de acesso à justiça, compreendido pela prestação efetiva da tutela jurisdicional, é inviabilizado com a utilização indiscriminada do critério de sucumbência e o não conhecimento de recursos do vencedor. Da mesma forma, os recursos funcionam como extensão do direito de ação em outra fase do procedimento, razão pela qual o referido direito também é negativado pela jurisprudência defensiva.

Justamente considerando a proximidade entre o cerceamento de direitos fundamentais e as ilegítimas restrições na admissibilidade dos recursos é que Flavio Cheim Jorge (2017, n.p.) sustenta ser necessária “uma interpretação menos rígida das normas processuais, a fim de que seja facilitado o julgamento do mérito dos recursos”.

Verifica-se que o não desprendimento da ideia de sucumbência com posterior adoção de uma visão prospectiva para se auferir o interesse-utilidade dos recursos é situação que pode ocasionar limitações excessivas à interposição das irresignações e, conseqüentemente, ferir direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Em que pese os recursos podem sofrer limitações, há de ser realizada ponderações entre suas restrições e o ferimento de direitos fundamentais como o acesso à justiça previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Portanto, chega-se à lição de que os tribunais deveriam agir com mais cautela na verificação do interesse em recorrer do vencedor, uma vez que direitos fundamentais não devem ser martirizados em nome da diminuição do volume de processos tramitando no Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Durante a pesquisa, foi possível verificar que o direito de acesso à justiça é constitucionalmente previsto no Brasil, bem assim faz-se direito fundamental conforme artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Para além disso, compreendeu-se que, em tempos mais longínquos, o acesso à justiça refletia o mero ingresso no Poder Judiciário, dimensão formal do direito que não se faz suficiente para defini-lo. Considerando a incapacidade do aspecto formal, foi demonstrado que há de se perquirir o acesso substancial à justiça, representado pela adequada prestação da tutela jurisdicional ao caso concreto, isto é, o mencionado direito envolve questões como a duração razoável do processo, ampla defesa e devido processo legal.

Sucedeu ser constatado que os recursos também se relacionam a um adequado provimento jurisdicional a ser fornecido pelo Estado, razão pela qual existe uma associação entre o direito de acesso à justiça e os recursos, sendo aquele alcançado em sua plenitude com a ajuda deste. Sendo assim, após denotar que o acesso à justiça pode ser garantido por meio das irresignações, foi possível perceber que, primeiramente, há uma análise formal acerca do preenchimento de pressupostos, divididos em requisitos intrínsecos e extrínsecos, algo que se denomina juízo de admissibilidade dos recursos.

Na sequência, realizou-se aprofundamentos acerca de um de seus requisitos intrínsecos, qual seja: o interesse recursal, que é intimamente relacionado aos recursos do vencedor. Viu-se ser unânime entre os juristas a noção de que o requisito do interesse em recorrer guarda estreita relação com o interesse de agir, podendo ser identificado através do binômio formado pelos critérios de necessidade e utilidade, os quais foram analisados separadamente.

Quando abordada a utilidade do recurso, foi analisada a sucumbência. Constatou-se que é dividida em formal e material, bem assim, ao passo em que não acolhido os pedidos da parte ou com a presença de prejuízo advindo de decisão judicial, haveria sucumbência e, conseqüentemente, interesse em recorrer. Com base em conjecturas processuais e na doutrina acerca da matéria, viu-se que a sucumbência é parâmetro insuficiente para aferição da utilidade dos recursos em todos os casos, funcionando somente como mero indicativo do interesse em recorrer.

Com base na definição de interesse recursal explanada no trabalho, foi possível identificar hipóteses em que, para o vencedor da demanda, existirá o interesse em recorrer, devendo seu recurso ser admitido. Portanto, após compreender como vencedor aquele que obteve decisão mais favorável, foram elencadas algumas situações em que os recursos do vitorioso seriam possíveis, tais como a interposição de embargos de declaração, apelação em face de decisão interlocutória não agravável, recurso contra decisões terminativas, recurso relacionado à questão prejudicial incidental, entre outras situações.

Passo seguinte, deixando a análise teórica e observando os recursos do vencedor nos tribunais brasileiros, foi possível constatar que, muito embora seja critério insuficiente, não há o desprendimento da sucumbência como aferidora do interesse recursal. Destaca-se que os tribunais possuem o conhecimento de ser o interesse em recorrer compreendido pela necessidade-utilidade dos recursos em ótica prospectiva, todavia, persistem em adotar a sucumbência como parâmetro.

Considerando as restrições, sob nossa perspectiva ilegítimas, impostas aos recursos do vencedor, verifica-se a prática de jurisprudência defensiva pelos tribunais pátrios, os quais, ante ao exorbitante número de processos tramitando no Poder Judiciário, vislumbram reduzir sua carga de trabalho com o não conhecimento de recursos.

Por fim, de maneira a refletir acerca de instrumentos e ferramentas processuais com vistas à tutela de garantias constitucionalmente positivadas, observou-se que a prática de jurisprudência defensiva se aproxima do ferimento de direitos fundamentais assegurados pelos recursos, motivo pelo qual, na medida em que ilegal restringir recursos simplesmente em nome da diminuição de processos, há de se flexibilizar a interpretação das normas processuais, priorizando o julgamento de mérito dos recursos e o não deterioramento do direito fundamental de acesso substancial à justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; NERY JUNIOR, Nelson. **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins**. v. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/250592626/v1/page/RB-6.3>. Acesso em: 29 jun. 2025.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101561318/v10/page/RB-4.10%20>. Acesso em: 20 jun. 2025.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: vol. I – teoria geral do processo civil**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BRAGA, Raquel Xavier Vieira. **Jurisprudência Defensiva: Restrição ao Direito Fundamental de Acesso à Justiça**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, Florianópolis, Brasil, v. 7, n. 1, p. 146–162, 2021. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-0243/2021.v7i1.7941. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/7941>. Acesso em: 30 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2024**. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-emnumeros-2024-v-28-05-2024.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.853.371 – DF**. Relator: Ministro Manoel Erhardt. 3ª Turma. Julgado em 14 fev. 2023. Publicado no DJe em 24 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança n.º 63008 MA 2020/0044281-8**. Relator: Ministro Sérgio Kukina. 1ª Turma. Julgado em 12 mai. 2020. Publicado no DJe em 21 mai. 2020.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 0007446-61.2016.8.06.0160**. Relator: Teodoro Silva Santos. 2ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 25 out. 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil 1. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 18 ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2016.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leandro Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil 3. Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais**. 13. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2017.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

FUX, Luiz; MARTINS, Humberto; SHUENQUENER, Valter. **O Judiciário do futuro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://nextpview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94489327/v8>. Acesso em: 11 jun. 2025.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. I**. 65. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649389/>. Acesso em: 01 jul. 2025.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. III**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995638/>. Acesso em: 07 jul. 2025.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: volume único**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2016.

OKU, Enio Nakamura. **Apontamentos sobre o interesse recursal segundo o sistema processual instituído pelo Código de processo civil de 2015**. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magister, v. 19, n. 109, p. 128-152, jul./ago. 2022. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/handle/tjdft/55079>. Acesso em: 12 jun. 2025.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 1003156-31.2023.8.26.0306**, José Bonifácio. Relatora: Márcia Tessitore. Núcleo de Justiça 4.0 em Segundo Grau – Turma II (Direito Privado 2). Julgado e publicado em 7 nov. 2024.

UZEDA, Carolina. **Interesse Recursal**. 2 ed. São Paulo: Editora JusPodvim, 2024.

TERCEIRIZAÇÃO E PEJOTIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DOS TEMAS 725 E 1.389 DO STF

Joaquim Fernando Paes de BARROS FILHO¹
Lorena Morato TERNI²

RESUMO

A formação dos institutos jurídicos da Terceirização e Pejotização adveio de um longo conjunto de fatores que englobam, além do Direito, a Economia, a sociedade, o trabalho e a empresa, ocorre que a aplicação deste no mundo prático acaba por gerar um conjunto de reflexões que vem a desaguar no judiciário e posteriormente nos Tribunais Superiores, especialmente no Supremo Tribunal Federal. Este trabalho busca analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal e correlacioná-las com a evolução na aplicação dos institutos citados, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de forma a ilustrar o caminho traçado pelos institutos jurídicos até as interpretações atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Pejotização. Jurisprudência.

ABSTRACT

The formation of the legal institutions of outsourcing and private employment resulted from a broad set of factors encompassing, in addition to law, economics, society, labor, and business. However, their application in the practical world ultimately generates a set of reflections that ultimately feed into the judiciary and later into the higher courts, especially the Supreme Federal Court. This work seeks to analyze the decisions of the Supreme Federal Court and correlate them with the evolution of the application of these institutions, through bibliographical and case law research, in order to illustrate the path taken by these legal institutions to their current interpretations.

KEYWORDS: Outsourcing. Pejotization. Jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

As modificações da sociedade ao decorrer dos séculos refletem a forma pela qual as pessoas interagem entre si e perante os outros, logo entende-se que as próprias relações sociais entre pessoas se alteram com o passar do tempo.

Dentre os períodos que essas modificações ocorreram, guarda relevância temática com o presente artigo científico a revolução industrial, a qual introduziu uma nova forma de relação interpessoal, cuja estrutura já preexistente modificou-se a ponto de se tornar um produto a ser repetido e reproduzido em longa escala com o intuito de aumentar o lucro.

Nesse sentido, surgiu a relação de emprego que passou por diversas evoluções, principalmente na tentativa de enfatizar e guardar proteção com os direitos humanos e fundamentais

1 Advogado. Bacharel em Direito pela ITE/Bauru. Especialista em Advocacia Privada pelo Gran Cursos Online, Direito Público pela Legale Educacional e Advocacia Trabalhista pela EBRADI. Especialização em andamento em Direito Educacional e Gestão de Instituições Educacionais pela UNINTER. MBA em andamento em Direito e Tecnologia (TechLaw) pela USP. Mestrando em Direito Constitucional pela ITE/Bauru.

2 Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (2023). Advogada e mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE).

aqui atribuídos a pessoa do trabalhador ou empregado.

O Direito do Trabalho, nascido do contexto apresentado, tem como uma de suas direções a regulamentação do trabalho (que como bem deve ser pontuado abrange mais do que a figura do empregado).

Por essa via, tradicionalmente além das figuras especiais, tem-se a figura do empregado, decorrente da relação de emprego, em que devem estar presentes os requisitos apresentados nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) para ser configurado.

Ocorre que com a evolução das estruturas sociais e da própria sociedade a relação de trabalho passa a apresentar-se em formatos mais diversificados, sem nem sempre possuir regulamentação para tanto, isso em vista a natural defasagem do tempo entre a Lei e o mundo fático, isto é, apesar do idealizado quando da criação do modelo do Civil Law³, há necessidade que ocorram os fatos na prática cotidiana para então serem regulamentadas pelo Direito, se assim for o caso.

É nesse contexto que surge a Terceirização e a Pejotização, que conforme será melhor abordado ao decorrer deste, trata-se de formas de realização de atividade de finalidade lucrativa que se estrutura de forma diversa da tradicionalmente utilizada por meio da relação de emprego.

Haja vista, que em alguns casos, é utilizado desses meios como formas de fraudar a Lei e esconder relações de empregos, as quais o empregador objetiva desviar-se do ônus de adimplir com suas reponsabilidades trabalhistas.

Para evitar que tais tentativas prosperem nascem na doutrina, jurisprudência, e em outros meios, entendimentos e normas que permitem identificar quando tais ferramentas são utilizadas de forma ilegal.

Desse modo, o presente pretende apresentar no contexto jurídico brasileiro a forma pela qual a evolução de entendimento sobre os temas, para tanto estas serão abordadas separadamente, sendo primeiro analisado a Terceirização, abrangendo seu nascimento, conceituação, evolução legislativa e jurisprudencial, com ênfase a análise do Recurso Extraordinário com nº 958.252 que gerou o Tema de Repercussão geral nº 725 do Supremo Tribunal Federal (STF) e, posteriormente, a Pejotização, sua conceituação e histórico jurisprudencial, com ênfase no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1532603 e do Tema de Repercussão Geral nº 1.389 do Supremo Tribunal Federal (STF), para ao final correlacioná-las e analisa-las criticamente.

2 TERCEIRIZAÇÃO NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

3 O sistema de Civil Law é baseado na aplicação escrita da Lei, de modo que pressupõe que o legislador preveja os fatos jurídicos que virão a acontecer e os regulamente premeditadamente.

É de conhecimento que quando um instituto passa a ser utilizado no meio jurídico ele não decorre de simples aparecimento inexplicável, mas normalmente de um conjunto de fatores que juntos ou paralelamente veem a construir o nascimento de um novo instituto jurídico.

Esses fatores podem ser exemplificados como construções doutrinárias, aplicações práticas, ou amparadas em instituto aplicado em Direito comparado, ou ainda decorrência de uma gradual evolução de institutos, e estes não somente criam, mas definem o instituto e baseiam sua evolução, como será visto em sequência.

2.1 Conceito, Evolução e Características

A respeito da conceituação de Terceirização, é conveniente elencar que não se trata de definição uníssona, de modo, que diferentes estudiosos sobre o tema o fazem de formas diversificadas, isto pois, a conceituação de um instituto jurídico leva em consideração algumas variáveis que o autor atribui maior ou menor importância, de forma que o critério utilizado e a perspectiva encontrada variam consideravelmente, contudo, cabe notar que as características que constituem um instituto, e a sua aplicação, em regra repetem-se (doutrina majoritária), apenas divergindo pensamentos mais pontuais e normalmente sobre determinada aplicação ou critério (doutrina minoritária).

Nesta via, traz-se a conceituação de Romar (2018, p. 169):

Terceirização é a contratação de trabalhadores por interposta pessoa, ou seja, o serviço é prestado por meio de uma relação triangular da qual fazem parte o trabalhador, a empresa terceirizante (prestadora de serviços) e a tomadora dos serviços. O trabalhador presta serviços para a tomadora, mas sempre por intermédio da empresa terceirizante, não havendo contratação direta neste caso. Trata-se, portanto, de uma subcontratação de mão de obra. O trabalho não é prestado por meio de uma relação bilateral, como tradicionalmente ocorre na relação de emprego.

E segue-se elencando a dada por Leite (2025, p. 286):

Terceirização, para nós, é um procedimento adotado por uma empresa que, no intuito de reduzir os seus custos, aumentar a sua lucratividade e, em consequência, sua competitividade no mercado, contrata outra empresa que, possuindo pessoal próprio, passará a prestar aqueles serviços que seriam realizados normalmente pelos seus empregados.

Desse modo, vê-se que o conceito apresentado por Leite possui perspectiva mais voltada ao lado econômico do que a apontada por Romar, que traz um ponto de vista mais ligado ao Direito, ainda assim as características do instituto repetem-se, isto é, a Terceirização possui a figura da empresa que contrata outra empresa para realização do serviço (tomadora) e a empresa que sendo contratada por outra, utiliza-se da mão de obra de seus empregados para efetuar o serviço (prestadora).

Quanto a evolução do trabalho até o nascimento da Terceirização, vê-se que o mesmo

existe desde a antiguidade, mas veio a ganhar forma mais semelhante ao que se tem atualmente após Revolução Industrial, especialmente com o Fordismo (método de produção pelo qual ocorria especialização de linha de produção de forma a permitir a produção em massa).

A utilização da produção em massa nas fábricas modificou totalmente a forma de se produzir à época e com isso, também, alterou-se os modos pelos quais as relações de trabalho se apresentavam. Da mesma forma, o emprego do modelo toyotista, que abandonou a ideia de produção de massa e passou a empregar mecanismo de competição e retribuição, também influenciou em larga escala a estruturação atual do trabalho em aspecto mundial.

A grande quantidade de mão de obra desempregada, a necessidade de manutenção da própria subsistência por parte do trabalhador e a busca por lucratividade dos detentores dos meios de produção resultaram na precarização do trabalho, ilustrada nos ambientes insalubres das fábricas à época e na violação da Dignidade da Pessoa Humana, na pessoa do trabalhador, que exercia labor por meio de longas jornadas sem pausa, nem auxílio ou amparo quando se tornava incapaz de exercer sua função, ou mesmo quando se contratava crianças ou mulheres para serviços extenuantes as suas capacidades físicas.

Após o final da segunda Guerra Mundial com a escassez de recursos materiais ganha força um novo modelo de produção fabril o chamado Toyotismo, que nasceu como alternativa ao antigo modelo fordista que com a produção em massa gerava grandes estoques de produtos.

O modelo Toyotista por outro lado, não presava pela manutenção de estoques, mas pelo chamado *just in time*, que consistia na produção baseada na demanda de cada produto, além de utilizar de sistema de competições e retribuições, o que trazia maior flexibilidade na produção e evitava o desperdício na produção.

Sobre o Toyotismo cabe citar a explicação de Martinez (2024, p.307):

O declínio do modelo taylorista/fordista de organização do trabalho foi motivado por uma concepção flexibilizadora dos processos produtivos. Surgiu um novo padrão organizacional, intitulado toyotismo. A produção em massa foi abandonada, emergindo, em nome da redução de custos, a ideia da produção vinculada à demanda. Os trabalhadores dedicados à atividade-fim — objeto social do empreendimento — passaram a ser estimulados por mecanismos de competição: suas retribuições seriam mais elevadas na medida em que alcançassem ou superassem metas preestabelecidas. Aqueles operários que não se adaptavam ao novo ritmo eram dispensados e, mediante novas contratações, realocados em outras empresas para realizarem atividades-meio, ou seja, atividades secundárias ou instrumentais da atividade-fim.

Com o passar do tempo, as relações de trabalho degradantes foram diminuindo, e tornando-se cada vez mais excepcionais, em decorrência de diversos acontecimentos, mas especialmente das preocupações legislativas e da mudança de perspectiva de como deveria se aparentar a figura do trabalho, além da valorização dos princípios, contribuíram para que o entendimento sobre o tema se desenvolvesse.

Nesse sentido, a evolução do trabalho e do modo pelo qual ele se manifesta na sociedade continuou a evoluir, surgindo diversas modalidades (por exemplo: trabalho intermitente, o temporário, o diarista, etc.) além das profissões que apresentam regulamentação própria ou peculiaridades inerentes a ela (por exemplo: o professor, advogado, empregada doméstica, etc.).

Esse desenvolvimento continuou a ocorrer até que se vislumbresse meios de maior flexibilização a essa estrutura de trabalho tradicional advindo da ponderação da atividade exercida na Revolução Industrial.

Foi neste contexto que se iniciou o caminho para a terceirização:

Iniciou-se, assim, verdadeira reengenharia da estrutura empresarial: empresas periféricas passaram a contratar trabalhadores sem qualificação ou pouco qualificados para operações de curto tempo (trabalho temporário) ou para a realização de serviços instrumentais; empresas centrais concentraram seus esforços na contratação de trabalhadores qualificados para a operação e fiscalização do processo produtivo final. Essas empresas periféricas associaram-se às empresas centrais e, mediante um processo que se convencionou chamar de terceirização, assumiram o papel de provê-las no que diz respeito aos serviços meramente instrumentais (Martinez, 2024, p.307)

Logo, a conceituação do que veio a se tornar a terceirização derivou-se de um longo percurso histórico de evoluções sociais e estruturais até que se chegasse ao que é atualmente.

2.2 Histórico Legislativo e Jurisprudencial

Os artigos da CLT deste tópico tratam de garantias fundamentais para a relação de emprego e para o Direito do Trabalho como um todo, influenciando diretamente na figura da Terceirização e da Pejotização. Restando ainda, aprofundá-los.

O artigo 2º caracteriza a figura do empregador como sendo empresa de caráter individual ou coletivo que assume os riscos econômicos, mas que em contrapartida também é a parte exclusiva na obtenção dos lucros, sendo superior hierarquicamente na relação, possuindo o dever oneroso de pagamento das remunerações devidas, valendo-se da personalidade para a prestação de serviço. Isto em seu caput.

Já o § 1º apenas elenca alguns profissionais que se igualam a figura de empregador, obrigando-os a todos os ônus e bônus da relação patrão-empregado.

Com a Reforma Trabalhista de 2017, os parágrafos 2º e 3º sofreram modificações. Fica claro assim que a coligação de duas ou mais empresas beneficiárias de um mesmo contrato de emprego produz para todas elas uma situação de responsabilidade solidária (vide § 2º). Bastando uma relação de coordenação entre as diversas empresas, como exemplifica o parágrafo 3º deste mesmo artigo.

Já referente ao artigo 3º da CLT, talvez o mais importante da CLT para e correlacionado ao fenômeno da Terceirização e da Pejotização. Trata-se das figuras caracterizadoras da relação de

emprego. Pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade ou habitualidade. Tendo também como critérios mais subliminares o da Pessoa Física e da alteridade.

É preciso deixar claro que tais requisitos não valem apenas para empregados submetidos ao regime da CLT, mas também aos empregados regidos por leis especiais. Os elementos fático-jurídicos devem coexistir e a ausência de qualquer um deles descaracteriza o trabalhador como empregado (Pereira, 2013, p. 50).

A relação de emprego exige que o trabalhador seja uma pessoa física ou natural. Não se confundindo com os serviços prestados por PJ, este que não possui vínculo empregatício.

O contrato de emprego tem caráter *intuitu personae* em relação ao patrão, ou seja, o trabalho deve ser realizado pessoalmente e somente pela pessoa contratada, sem substituições.

A alteridade entra na ideia de que os lucros da prestação do serviço são recebidos pelo empregador e nunca pelo empregado, cabendo exclusivamente ao empregador assumir todos os riscos da atividade econômica. Inclusive àqueles cometidos culposamente pelo seu funcionário, exceto se houver disposição expressa em sentido contrário no contrato de trabalho.

Todo e qualquer vínculo empregatício existirá habitualidade ou não eventualidade, ou seja, alta frequência da realização de atividade normal que o empregado deva exercer. Tal parâmetro é calculado pelo número de dias ou de horas semanais laboradas. Segundo entendimento do TST, em regra geral, trabalho exercido por mais de 2 dias por semana caracterizam continuidade empregatícia.

Obviamente tal relação é onerosa, pressupõe-se uma contraprestação pelos serviços prestados na forma de salário.

E ao final temos a subordinação. Trazida ainda pelo artigo 3º da CLT. Tal requisito caracterizador da relação de emprego é para muitos doutrinadores o elemento diferenciador de maior destaque entre contratos de trabalho como autônomo, representação, mandato..., referindo-se à dependência do empregado em relação ao empregador. Podendo-se dividir em direta ou indireta, segundo a jurisprudência. E perante a doutrina em subordinação técnica, econômica, social ou jurídica. Existindo até uma terceira forma de classificação em objetiva ou subjetiva.

Considera-se direta quando o empregado recebe ordens diretamente do patrão, dos sócios ou diretores da empresa, em havendo intermediários, ocorrerá a subordinação indireta. Já a objetiva é quando as ordens do empregador recaem sobre os serviços executados pelo empregado. E a subjetiva quando o comando atinge a pessoa do empregado (Pereira, 2013, p. 58).

Agora, consoante a doutrina, para a técnica, o empregador, em razão de sua atividade, está em posição de comandar tecnicamente o trabalho de seus subordinados, nada impedindo o assessoramento por técnicos. Para a subordinação econômica, o empregado deve, necessariamente,

sobreviver com o salário pago por aquela prestação de serviço, aproximando-se tais qualificações (técnica e econômica) da subordinação social, afastado o critério jurídico desta. (Pereira, 2013, p. 57).

Porém, o legislador brasileiro adotou a subordinação jurídica ou hierárquica como critério predominante na relação de trabalho, na qual o empregado recebe ordens e determinações de seu empregador (Pereira, 2013, p. 58).

E, por fim, o artigo 9º é bem claro e evidencia que toda e qualquer simulação tendente a burlar normas estipuladas pela CLT serão consideradas nulas e no caso ora analisado, nula será a contratação como PJ, reconhecendo, como real, a relação trabalhista, declarando-se o vínculo de emprego e determinando-se o pagamento de todas as verbas trabalhistas devidas.

2.3 Súmula 331 Do Tribunal Superior Do Trabalho (Tst) e sua Superação

Na Terceirização existe uma relação jurídica trilateral, envolvendo o empregado, o empregador prestador dos serviços e o “empregador” tomador dos serviços. Por definição legal, o vínculo empregatício é constituído entre a intermediadora e o trabalhador, isto é, quem assina o contrato de trabalho na condição de empregador é a prestadora de serviços, e não o tomador. Ficando de responsabilidade da prestadora todos os débitos trabalhistas devidos, sem nenhuma relação solidária com a tomadora.

Sua origem de forma simplificada foi durante a Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945) em busca de atender a demanda bélica da época, tendo a efetiva implementação anos depois.

Ao passar dos anos e do crescimento industrial mundial, em meados dos anos 70, com o início do modelo de produção industrial de mercadorias desenvolvido no Japão pela fábrica da Toyota (Toyotismo), a ideia da Terceirização ganhou força.

O principal objetivo da fábrica era, de acordo com a demanda, focar nas atividades essenciais com a utilização mais eficiente possível dos meios de produção, deslocando as tarefas secundárias para outras empresas. Abarcando a prática da Terceirização trabalhista aqui, a qual começou a ocorrer no Brasil somente na década de 1990. (Silvia, 2015)

Dessa forma, as empresas mantêm no quadro de funcionários o mínimo possível de trabalhadores, que eventualmente é aumentado por subcontratação de acordo com as condições de mercado, diminuindo assim seus custos. (Antunes, 2011)

Para o aspecto histórico legislativo, por anos, a legislação brasileira não proibia e nem regulamentava as formas de Terceirização. A CLT ficava restrita apenas em duas regras de subcontratação para contratos de empreitadas, tendo assim maior alicerce legal no CC.

Em 1967, com o Decreto-Lei nº 200/67 em seu artigo 10, houve um início de real incentivo

a ampliação do fenômeno da Terceirização, que ganhou ainda mais força com o artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.645 em 1970 que regulamentava e impedia o crescimento desordenado da máquina administrativa, estando interligado ao §7º do mencionado Decreto-Lei (Cassar, 2015).

Outro exemplo seria da Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74) que autorizou a contratação de mão de obra por meio de pessoa interposta (terceiro) em duas situações: por motivo de afastamento ou por necessidade de acatar alta demanda esporádica. Ressaltando que tal forma de trabalho fica subordinado diretamente ao tomador dos serviços e somente é utilizado em atividade-fim, diferentemente da Terceirização que também é permitido para atividade-meio. (Calvet, 2015)

Outrora a Lei nº 7.102/83, esta que autorizava a Terceirização de serviços de vigilância em instituições bancárias, inclusive em caráter permanente. (Cassar, 2015)

Com a crescente da prática de Terceirização no mercado de trabalho, aumentou-se a demanda dessas relações perante a Justiça do Trabalho, aparecendo assim múltiplos entendimentos do TST.

Tal progresso resultou na Súmula nº 331 do TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral (BRASIL, TST, 2011).

Esta que ampliou a contratação de trabalho temporário e de vigilância, possibilitando ainda para conservação e limpeza e de atividade-meio do tomador.

E assim, em 31 de março de 2017 foi sancionada a Lei nº 13.429, a Lei da Terceirização que expandiu de forma vertiginosa as relações de empresas prestadoras de serviços a terceiros de modo geral.

Lei esta que incluiu os dispositivos legais em que tratam sobre o Trabalho Temporário. E foi aqui que a Terceirização foi autorizada também para atividade-fim, não podendo retroagir a

situações de trabalho anteriores, mediante julgamento do STF da ADPF nº 324 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental):

Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993” (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 324, Plenário, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, Data de Julgamento: 30-8-2018 Data de Publicação: DJe-194 06-9-2019).

No entanto, a Lei da Terceirização trouxe discussão ao meio jurídico sobre a real diferenciação entre empregados contratados e os terceirizados, assim no intuito de promover a equivalência de direitos entre esses trabalhadores, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467) incluiu nesta lei o artigo 4-C, este que diz:

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). I - Relativas a: a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; b) direito de utilizar os serviços de transporte; c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. II - Sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço (Brasil, Lei nº 13.429, 2017).

Apesar das constantes alterações legislativas e da autorização de Terceirização da atividade-fim, por força do quanto disposto no art. 9º da CLT, caberá à Justiça do Trabalho, com base em tal preceito e nos princípios que regem o Direito do Trabalho, analisar se as formas de Terceirização são lícitas ou se apenas representam simulacro de uma relação de emprego (como no caso da Pejotização) e neste caso, condenar ao pagamento das verbas trabalhistas devidas.

2.4 Análise do Tema nº 725 do Supremo Tribunal Federal (STF)

Antes de analisar-se a *lide case* que gerou o tema de repercussão geral, é conveniente trazer menção, além da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 que trazia em sua discussão a possibilidade de Terceirização de atividade-meio e atividade-fim, cuja qual foi julgada em conjunto com o Recurso Extraordinário que deu origem ao tema de repercussão geral.

A ADPF em questão é de relatoria do Ministro Roberto Barroso, tendo sido arguida pela Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG) e protocolada em 2014.

A ABAG pediu em inicial que fosse reconhecido como inconstitucional a interpretação dada pelas decisões na Justiça do Trabalho a respeito da Terceirização em vista a violação da livre

iniciativa e da valorização do trabalho, além da concessão de medida liminar para que fosse suspensos os processos que versavam sobre o tema em todas as instâncias da Justiça do Trabalho

Cabe colocar que no momento em que foi arguida a ADPF, seguia-se o entendimento na Justiça do Trabalho da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que como já abordado neste artigo, proibia a Terceirização de atividade-fim e permitia a de atividade-meio, desde que esta não se configurasse em fraude.

Ocorre que a ADPF foi julgada apenas em 2018, no mesmo julgamento do Recurso Extraordinário que deu origem a Tese de Repercussão Geral nº 725, logo existiu um lapso temporal considerável.

Há necessidade de se acrescentar que durante esse lapso vieram a ser editadas as Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, cuja redação passou a admitir a Terceirização, independentemente de ser de atividade-meio ou atividade-fim.

Nessa via, perdeu-se o sentido de analisar a constitucionalidade do entendimento baseado na Súmula 331 do TST, em vista a lei ulterior que a revogou indiretamente, portanto só teria relevância jurídica a análise da constitucionalidade da Súmula durante o período anterior a entrada em vigência das Leis citadas. Esta questão foi inclusive apontada no Recurso Extraordinário, pelo Ministro Roberto Barroso, no acórdão do julgamento.

Dessa forma, persiste o interesse de agir no julgamento do Recurso Extraordinário, haja vista a necessidade de fixar não apenas o entendimento desta Corte sobre a constitucionalidade da tese esposada na Súmula nº. 331 do TST quanto ao período anterior à vigência das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, como também a respeito da subsistência da orientação sumular do TST após o advento das referidas leis, considerando o disposto na Carta Magna. A análise da quaestio juris, dessa maneira, deve ser igualmente informada pela presunção de constitucionalidade das leis, com os consequentes ônus argumentativos (STF, plenário, Recurso Extraordinário nº 958.252, Rel.: Luiz Fux, Data do julgamento:30-8-2018, Data de Publicação: 30-8-2018)

Feitas as considerações acerca da ADPF, resta tratar do Recurso Extraordinário que fixou a tese do Tema de Repercussão Geral nº 725.

O Recurso Extraordinário originou-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 3º Região, após a constatação em inquérito civil da contratação de empreiteiras para realização de atividade-fim por parte da Celulose Nipo Brasileira S/A (CENIBRA) que assumiu o serviço de florestamento e reflorestamento (STF, plenário, Recurso Extraordinário nº 958.252, rel.: Luiz Fux, Data do julgamento:30-8-2018, Data de Publicação: 30-08-2018). A ação foi julgada parcialmente procedente na origem, tendo sido rejeitadas as preliminares arguidas em contratação (inépcia da inicial, incompetência, *ilegitimatio ad causam* passiva, e do Ministério Público ausência de interesse de agir, litisconsórcio passivo necessário com as empresas terceirizadoras contratadas) e condenado a empresa ré a abster-se “de contratar

terceiros para a prestação de serviços relacionados à sua atividade-fim” (STF, plenário, Recurso Extraordinário nº 958.252, rel.: Luiz Fux, Data do julgamento:30-8-2018, Data de Publicação: 30-08-2018).

Dessa decisão foram interpostos Recursos Ordinários pelas partes, tendo sido acolhido o do Ministério Público para fixar novas condenações à CENIBRA, além das já impostas e negado provimento do interposto pela empresa, justificando a negativa na prestação de serviço terceirizado para atividade-fim da empresa tomadora” (STF, plenário, Recurso Extraordinário nº 958.252, rel.: Luiz Fux, Data do julgamento:30-8-2018, Data de Publicação: 30-08-2018)

Tendo em vista a negativa do Recursos Ordinário, a CENIBRA interpôs Recurso de Revista que foi negado na origem, e após a negativa interpôs Agravo de Instrumento ao Tribunal Superior do Trabalho, cujo qual negou o recurso fundamentando principalmente a negativa na aplicação da Súmula 331 do TST. (Recurso Extraordinário nº 958.252, p.6, 2018).

Inconformado com a negativa, CENIBRA interpôs Recurso Extraordinário contra a decisão do Superior Tribunal do Trabalho, cujas razões apontavam a violação a legalidade, visto que não existia dispositivo legal que cominasse esta obrigação, além de sustentar o respeito a liberdade de contratação que na ausência de norma infraconstitucional que a regulamente deveria prevalecer a autonomia contratual, também alega a defasagem da apreensão da Justiça do Trabalho em razão do desenvolvimento tecnológico dos métodos de produção na utilização da expressão “atividade-fim, e por fim argui violação ao art. 97 da Constituição Federal, pois afirma que o acórdão teria afastado a aplicação do artigo 104 do Código Civil” ” (STF, plenário, Recurso Extraordinário nº 958.252, rel.: Luiz Fux, Data do julgamento:30-8-2018, Data de Publicação: 30-08-2018)

Tal recurso foi inadmitido na origem, tendo sido interposto Agravo de Instrumento e posteriormente Agravo Regimental, ambos negados por decisão monocrática no primeiro caso e pela turma no segundo” (STF, plenário, Recurso Extraordinário nº 958.252, rel.: Luiz Fux, Data do julgamento:30-8-2018, Data de Publicação: 30-08-2018)

O Ministro Relator em decisão monocrática teria desprovido do recurso por ausência de prequestionamento, bem como necessidade de reexame de matéria fática e legal do Agravo Regimental, o que, como mencionado, foi confirmado por decisão da Primeira Turma” (STF, plenário, Recurso Extraordinário nº 958.252, rel.: Luiz Fux, Data do julgamento:30-8-2018, Data de Publicação: 30-08-2018)

Então foram opostos Embargos de Declaração, por meio do qual foi reconhecido pela turma, em unanimidade, a omissão relativa ao conflito direto com o texto do art. 5º, inciso II, da CRFB/88 e deu-lhes provimento para determinar o processamento do Recurso Extraordinário” (STF, plenário, Recurso Extraordinário nº 958.252, rel.: Luiz Fux, Data do julgamento:30-8-2018,

Data de Publicação: 30-08-2018)

Reconheceu-se, então, a Repercussão Geral por meio do Tema nº 725, e posteriormente, ocorreu a conversão do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE nº 713.211) para Recurso Extraordinário, e sua reautuação para o nº 958.252, por ordem do Ministro Relator Luiz Fux. ” (STF, plenário, Recurso Extraordinário nº 958.252, rel.: Luiz Fux, Data do julgamento:30-8-2018, Data de Publicação: 30-08-2018)

Destaca-se, aqui, que o reconhecimento da Repercussão Geral ocorreu em vista ao entendimento de que o tema tratado nos autos era de relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, além de ultrapassar os interesses subjetivos da causa, tendo sido reconhecido estes em plenário virtual (Recurso Extraordinário nº 958.252, p.8, 2018).

Cabe colocar que o termo Repercussão Geral é equivoco, tendo mais de um significado no contexto jurídico, podendo ser tanto requisito de admissibilidade do Recursos Extraordinário (artigo 102, §3º, da Constituição Federal), quanto na aplicação no sistema de repetitivos pelo Supremo Tribunal Federal que recebe o nome de sistema de Repercussão Geral, cujo qual é selecionado para julgamento de um processo entre os diversos que tramitem no acervo do Supremo Tribunal Federal sobre matéria a ser uniformizada, desta forma o julgamento do *lide case* gerará entendimento que passará a ser aplicado a todos os casos que se enquadrem no tema de Repercussão Geral, tendo, portanto, força vinculante e eficácia *erga omnes*, podendo ainda sofrer modulação de efeitos da decisão desde que atingido quórum qualificado para tanto, nas situações que julgarem os Ministros ser de necessidade.

A escolha da inclusão ou não no sistema de Repercussão Geral a cada caso, se dá por meio de votação dos Ministros que tratam sobre a relevância da matéria. Neste caso, o tema abordado no Recurso Extraordinário em questão cumpriu a Repercussão Geral como requisito de admissibilidade e foi escolhido como *lide case* no sistema de Repercussão Geral, em decorrência a relevância de seu tema.

O Ministério Público Federal apresentou parecer sustentando a inviabilidade do Recurso Extraordinário em decorrência de ofensa à Súmula nº 636 do Supremo Tribunal Federal e o desprovimento do recurso por entender que a intermediação de mão de obra para atividade-fim empresarial trata-se de tema incompatível com a Constituição Federal.” (STF, plenário, Recurso Extraordinário nº 958.252, rel.: Luiz Fux, Data do julgamento:30-8-2018, Data de Publicação: 30-08-2018)

Quanto aos *amicus curiae*, foram admitidos a Central Brasileira do Setor de Serviços (CEBRASSE), a Confederação Nacional da Indústria (CNI), de forma conjunta, a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a Força Sindical (FS), a Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil

(CTB) e a Nova Central Sindical dos Trabalhadores (NCST); e a União Geral dos Trabalhadores (UGT). (Recurso Extraordinário nº 958.252, p.9, 2018). Sobre o desenrolar processual até aqui é interessante refletir sobre algumas peculiaridades apresentadas nesse julgado. A primeira delas é que se trata de julgado baseado em uma Ação Civil Pública e não em reclamação trabalhista, como costumeiramente se apresenta.

Isto pois, a Ação Civil Pública tem um procedimento especial, cujo qual não aparenta facilitar o enquadramento desta *lide case* com tantos casos similares.

A outra questão é reautuação do Agravo em Recurso Extraordinário em Recurso Extraordinário, que me parece uma manobra bem criativa processualmente para facilitação do julgamento da matéria de considerável complexidade.

Quanto aos votos, foram vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, enquanto seguiram o voto do relator os ministros Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

A respeito dos argumentos apresentados pelos ministros são relevantes algumas ponderações. Primeiramente, os Ministros julgaram concomitantemente a ADPF nº 324 e o Recurso Extraordinário nº 958.252 como já mencionado, logo seus votos dedicaram parte da atenção aos dois documentos, muitos ministros inclusive expressaram seus votos separadamente para cada uma das figuras.

Sob uma perspectiva de economia processual, por meio de junção de atos processuais, o julgamento em conjunto talvez tenha tido sua eficácia prática, mas do ponto de vista processual não aparenta estar adequado, pois compila em um só julgamento duas figuras jurídicas com procedimentos distintos, a tramitação da ADPF segue procedimento específico regulamentado por lei (Lei 9.882/1999), enquanto o RE é disciplinado pelo Código de Processo Civil (arts. 994 e arts.1029 até o art. 1035)

Obviamente não há nenhum dispositivo legal que proíba de fazê-lo expressamente, muito porque não me parece um cenário imaginável quando da redação legal das disciplinas, contudo tratando-se de norma processual, melhor seria se houvesse permissão adequada para tanto.

Além disso, o julgamento conjunto acaba por tornar mais sinuosa a definição do que seria uma decisão *extra petita*, isto é, as decisões judiciais não devem ultrapassar os pedidos requeridos, logo, não deve ser julgado itens que não estejam sob questão.

Ocorre que, quando se julgou a ADPF e o RE existiam temas que não eram comuns aos dois, como a Súmula 331 do TST, neste sentido seria a decisão que julgou conjuntamente ambos *extra petita*?

É fato que é comum que nas *lide cases* tratem-se de assuntos que orbitam o tema em

questão, mas não diretamente expressos no processo que deu origem a discussão, ocorreu que no caso em roga haviam temas expostos em um documento e não no outro, e além disso, a ADPF nem teria sido considerada como *lide case*, pois já poderia ter efeitos por si só.

Trata-se de situação dificultosa sem muitas respostas aparentes e que esbarram em questões como: “O que pode ser considerado como *lide case* em nosso sistema de Repercussão Geral?”.

Quanto a argumentação elencada nos votos, os ministros debateram especialmente as questões principiológicas elencadas no processo, a evolução nas formas de produção, de modo que as expressões atividade-fim e atividade-meio não são mais adequadas, além de trazerem aspectos históricos e experiências estrangeiras na administração de empresas de renome que refutam a precarização sindical pela utilização da Terceirização. Em sentido contrário ao relator trazem o debate sobre a preocupação com o respeito as normas já consolidadas pelos tribunais por meio de entendimentos sumulados, em vista a não existência de Lei, e a possibilidade de nulidade a tais relações em vista ao prejuízo ao trabalhador quando diante de situações que se configure fraude.

Foi aprovada a redação da tese do tema de Repercussão Geral nº 725, qual seja:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

A respeito dos votos para aprovação da redação da tese, foi vencida a Ministra Rosa Weber. O Ministro Marco Aurélio não se pronunciou quanto à tese. Estavam ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes no momento da fixação da tese.

3 PEJOTIZAÇÃO NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Conceito, Práticas e Impactos nas Relações de Trabalho

O fenômeno da Pejotização é definido como sendo a contratação de um trabalhador, na condição de pessoa jurídica, normalmente para prestação de serviço intelectual, havendo a contratação, sob tal modalidade, também de trabalhadores braçais.

Quanto à palavra Pejotização, esta se origina do termo pessoa jurídica ou PJ, dado a “transformação” de um empregado (pessoa física) em uma pessoa jurídica, juridicamente falando (Oliveira, 2013). Usualmente pode se notar também a nomenclatura “personificação de encomenda”. (Turcato; Rodrigues, 2008, p. 11) ou “empresa de uma pessoa só” (Stander, 2006, p. 106)

O maior desafio para a justiça dentro deste tema é verificar se a verdadeira relação jurídica havida e quando constatado o desvirtuamento, garantir que o empregado tenha seus direitos resguardados e que não passe por um vínculo empregatício sendo uma pessoa jurídica, não

contando com todos os seus encargos como salário-mínimo, férias, gratificações natalinas, segurança e medicina do trabalho, limitação de jornada de trabalho, entre outros.

Chegamos ao ponto central da questão. O lado positivo da Pejotização é conferir autonomia entre as partes e possibilitar uma maior especialização dos serviços, mas para muitos doutrinadores a real incidência da redução dos encargos trabalhistas desencantam tal fenômeno:

Agora está acontecendo também o seguinte: estão criando as empresas pessoais, como por exemplo, no setor de informática lá da empresa. Tiraram o contrato de uma grande empresa, pegaram o funcionário que tem o domínio da realidade do trabalho da empresa, que conhece tudo e mandaram esse trabalhador montar a empresa dele. Ele virou uma empresa. O que eles fazem para quebrar com a pessoalidade? “Você não precisa vir todo dia mais, não”. Você vem aqui dia tal e dia tal: e quando eu precisar numa emergência a gente liga. [...] “Onde é possível individualizar a terceirização e criar essas situações inusitadas, estão fazendo. Às vezes, na porta da empresa se vê entrar um bocado de empresa de uma única pessoa, empresa de uma pessoa só, que é a própria pessoa. (Santana, 2007, p. 170).

Os argumentos utilizados pelos empregadores-contratantes, para justificar a “legalidade da Pejotização”, baseia-se no fato de que a aceitação do serviço se dá por livre e espontânea vontade, ao constituir pessoa jurídica e assinar o contrato de prestação de serviço.

Leone Pereira esclarece:

A prestação de serviços por meio de pessoa jurídica é tema importante nas relações de trabalho e ganha destaque, principalmente, quando a discussão repousa sobre a sua nulidade, para se reconhecer como legítima a relação de emprego. Sob a ótica trabalhista, toda relação jurídica que se realize de maneira pessoal, subordinada, onerosa e habitual é, por presunção de natureza empregatícia (Pereira, 2013, p.78).

Não podemos aceitar a Pejotização como sinônimo de precarização do emprego, a constituição de pessoa jurídica para a prestação de serviços é legal e deve ser vista com bons olhos.

O momento de globalização crescente e todos os outros problemas alavancados pela Modernidade como a má distribuição de renda e a necessidade de subsistência do trabalhador, dificultam a criação e manutenção de empregos, então a regulamentação e fiscalização de outras maneiras de admissão devem e são previstas na Justiça do Trabalho.

Não se pode igualar as máquinas, precisamos saber acompanhá-las. Na visão de um dos doutrinadores mais renomados do Direito, Miguel Reale aponta: “Toda vez que se cria um robô, há dez ou até mesmo 100 trabalhadores a menos. Um robô que se cria, 100 trabalhadores em desemprego” (Pereira, 2013, p. 79).

Vale ressaltar que esse impacto social não é uma consequência apenas da tecnologia, é também de condições sociais e políticas que vivenciamos.

Isso impulsiona para a flexibilização e desregulamentação dos direitos trabalhistas. A primeira, torna mais amena a severidade das normas jurídicas e pode ser usada sem prejuízos quando há interessantes convergentes entre o patrão e o empregado. Já a segunda, retira alguns direitos estatais e propicia que as próprias partes estabeleçam suas regras, desprotegendo ainda mais

a parte hipossuficiente da relação, ou seja, o trabalhador.

A flexibilização está ferozmente ligada a informalidade de milhares de empregos no Brasil e no mundo. Com o objetivo de redução do custo final do produto e das responsabilidades envolventes, a informalidade ganha espaço e os direitos, perdem. A qualidade piora, a insegurança aumenta, contratos por prazos determinados aumentam e os salários e consequentemente a condição de vida dos trabalhadores pioram.

Presenciamos aqui, o aumento do desemprego e do subemprego de milhares de empregados e, assim, o consequente enfraquecimento das políticas internas dos países (Pereira, 2013).

A participação sindical na representação e defesa dos interesses da classe operária é de suma importância até mesmo para a manutenção da saúde da empresa como um todo.

Além do mais, a Pejotização não acontece somente em situações em que envolvam trabalhos intelectuais, podendo também em qualquer outro tipo de serviço. As empresas aproveitando da triste situação atual, buscam, normalmente, burlar a legislação presente, causando prejuízos laborais:

Essas empresas surgem incentivadas pela ideologia do empreendedorismo, pois transformam o trabalhador em empresário, não obstante este permaneça nas mesmas condições de um empregado. O discurso dominante exalta o trabalho autônomo, o cooperativismo e o empreendedorismo como alternativas de combate ao desemprego e como formas mais modernas e adequadas ao capitalismo flexível dos dias atuais (Fonseca, 2015, P. 22).

Os trabalhadores não têm noção dos efeitos colaterais decorrentes de tal submissão. No fundo, o que visam é o mínimo de renda para a sobrevivência e um emprego, não se importando com os direitos que são deixados de lado ao constituírem pessoa jurídica para prestação de serviços, acreditando na compensação em incentivos previdenciários e fiscais, estes que estão longe do ideal.

Nessa conjuntura, patrões se aproveitam:

É este o quadro que se encontra marginalizado nas relações de subcontratação, pois quem detém o poder – a empresa contratante – o exerce não em relação aos direitos e obrigações contidas no contrato de trabalho, mas pelo viés de um contrato comercial entre empresas, contrato que não comporta cláusula social que tenha por objeto as condições de emprego de trabalho assalariado (Druck; Thébaud-Mony, 2007, p. 45).

A única solução para frear e regulamentar a Pejotização é a Justiça do Trabalho, como condiz Leone Pereira:

Logo, tanto as ações de reconhecimento de vínculo de emprego, alegando-se pejotização fraudulenta com base no princípio da primazia da realidade sobre a forma, bem como as ações cujo objeto é a ventilação de eventuais direitos trabalhistas envolvendo uma pejotização lícita, são inexoravelmente de competência material da Justiça do Trabalho. Por derradeiro, poderíamos chegar à falsa conclusão de que, caso a pejotização fosse considerada lícita, teríamos duas pessoas jurídicas em lados opostos na relação de trabalho, bem como, em consequência, a incompetência material da Justiça Laboral. Não obstante, esse raciocínio não merece prosperar, por ser a Justiça do Trabalho a mais preparada para

lidar com essas relações jurídicas, respeitando-se as demais justiça, que desenvolvem a prestação jurisdicional da forma mais célere, justa e efetiva possível. (Pereira, 2013, p.119).

Neste momento vale mencionar que, além das “sanções” no âmbito trabalhista, é crime a frustração de direito garantido por lei, nos termos do artigo 203 do Código Penal, no capítulo em que trata sobre os Crimes contra a Organização do Trabalho:

Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência (Brasil, Código Penal, 1940).

Por fim, ainda vivenciamos a garantia dada ao trabalhador de forma individual ou coletiva na oportunidade de denunciar na Delegacia Regional do Trabalho (DRT) quando quiser e se sentir prejudicado em uma relação de emprego.

3.2 Tema Nº 1.389 do Supremo Tribunal Federal (Stf): Parâmetros de Validação da Contratação de Pessoa Jurídica

O julgamento do Tema 1.389 de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal tem como paradigma o ARE 1.532.603/PR, insere-se no centro de uma das mais complexas e controversas discussões jurídicas contemporâneas: os limites constitucionais do fenômeno da Pejotização nas relações de trabalho. Tal discussão envolve a análise da licitude da contratação de pessoas jurídicas para a prestação de serviços quando, na realidade concreta, estão presentes os elementos típicos da relação de emprego, revelando, por vezes, a simulação contratual com vistas à supressão de direitos trabalhistas e previdenciários.

A matéria submetida ao STF apresenta especial densidade constitucional por abordar diretamente princípios de ordem econômica e social brasileira, como a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), os valores sociais do trabalho (CF, art. 1º, IV) e a livre iniciativa (CF, art. 170). O ponto central do debate está na conciliação entre, de um lado, a liberdade contratual e a pluralidade de formas de organização produtiva e, de outro, a eficácia dos direitos fundamentais sociais que garantem proteção jurídica mínima nas relações de trabalho. O Supremo está diante do desafio de evitar que a liberdade econômica seja instrumentalizada para esvaziar garantias laborais previstas na Constituição e demais leis brasileiras.

No julgamento em curso, o STF reconheceu repercussão geral em torno de três eixos: a definição da competência da Justiça do Trabalho para julgar ações que versem sobre fraudes em contratos civis de prestação de serviços; a fixação de parâmetros para a licitude da contratação de trabalhadores como pessoas jurídicas, à luz da jurisprudência firmada na ADPF 324 e no Tema 725 de repercussão geral; e a atribuição do ônus da prova na hipótese de alegação de fraude contratual. Trata-se de pontos que exigem resposta jurisdicional uniforme e vinculante, capaz de fornecer

segurança jurídica e previsibilidade às partes contratantes e ao Judiciário trabalhista.

A tese a ser firmada pelo STF não discutirá se é possível ou não contratar prestadores de serviço via pessoa jurídica, haja vista que tal possibilidade já foi firmada como legítima no julgamento da ADPF 324. O ponto a ser estabelecido é de formalizar critérios objetivos que permitam diferenciar a Pejotização lícita, enquanto forma autêntica de contratação civil, e a Pejotização fraudulenta ou ilícita, quando se utiliza uma pessoa jurídica como mero instrumento de intermediação fictícia de mão de obra subordinada. Em tais hipóteses prevalece a realidade dos fatos, como previsto no art. 9º da CLT, impondo o reconhecimento do vínculo empregatício, independentemente do nomen iuris atribuído pelas partes.

No caso concreto paradigma, a Corte discute a validade de um contrato de franquia firmado entre um corretor de seguros e uma empresa do ramo, no qual o trabalhador, embora formalmente franqueado, desempenhava suas atividades com exclusividade, sob subordinação hierárquica e controle de produtividade, com metas, rankings e obrigatoriedade de comparecimento a reuniões. A situação exemplifica com nitidez a tensão entre a aparência jurídica do contrato e a realidade fática da prestação dos serviços, justamente o tipo de controvérsia que o Tema 1.389 busca pacificar.

Um aspecto relevante no julgamento é a previsão do ônus da prova nas ações que alegam fraude nos contratos. Conforme prevê o art. 818 da CLT e o art. 373 do CPC, em regra, cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, inclusive a existência dos elementos da relação de emprego. No entanto, a doutrina e parte da jurisprudência têm sustentado que, em razão do princípio da aptidão para a prova, referido encargo pode e deve ser invertido quando a parte contratante detém melhores condições técnicas e documentais de demonstrar a licitude da contratação. Tal abordagem se manifesta ainda mais adequada diante da assimetria estrutural existente entre trabalhadores e empresas, sobretudo nos casos em que há forte dependência econômica e ausência de liberdade contratual efetiva.

A relevância do Tema 1.389 ultrapassa os limites do caso concreto e possui implicações estruturais para o Direito do Trabalho e para a regulação das novas formas de prestação de serviços. Profissionais autônomos, trabalhadores de plataformas digitais, advogados associados, representantes comerciais, artistas, médicos plantonistas, prestadores da área de tecnologia e logística compõem o vasto contingente afetado por esse julgamento, o qual terá efeito vinculante e deverá orientar os tribunais de todo o país. A multiplicidade e a heterogeneidade das formas contratuais modernas exigem da Corte uma resposta precisa, que ao mesmo tempo resguarde a liberdade organizacional das empresas e impeça a destruição dos direitos sociais por meio de simulações contratuais.

Não se trata, portanto, de invalidar os modelos de contratação por pessoa jurídica, mas de fixar critérios normativos e interpretativos claros para aferição da sua validade à luz da Constituição Federal e da jurisprudência consolidada. O Supremo tem a oportunidade de reafirmar que o Direito do Trabalho continua a ter papel relevante na proteção da parte hipossuficiente, mesmo diante das transformações econômicas e tecnológicas do século XXI. A decisão definitiva deverá, assim, constituir um marco regulatório sobre o alcance da Pejotização, proporcionando maior previsibilidade jurídica, racionalidade institucional e, sobretudo, efetividade aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

4 CONCLUSÃO

A evolução das relações de trabalho, em decorrência das próprias modificações das relações humanas em sociedade, veio a resultar no surgimento de formas alternativas de realização das atividades, principalmente visando a flexibilização da estrutura em busca de formas mais eficazes de obter melhores resultados econômicos (lucro).

Desse processo nasceram os institutos da Terceirização e Pejotização, cujos quais tiveram em seu nascedouro objetivos lícitos de boa-fé contratual, mas que na prática carregam o risco de utilização fraudulenta, visando ofuscar ou redirecionar a responsabilidade contratual pelo vínculo empregatício, de modo a criar cenário não condizente com a realidade dos fatos.

Neste sentido, a Súmula 331 do TST, privilegiando uma visão protecionista para com o trabalhador como parte hipossuficiente da relação de emprego, impedia, em via de regra, a realização de terceirização de atividade-fim da empresa e permitia as de atividade-meio, justificando-se pela interpretação à época de que a Terceirização de atividade-fim geraria precarização do ambiente de trabalho.

Ocorre que tal entendimento sofreu modificação sendo a Terceirização posteriormente aceita em todas as suas formas após as Leis advindas da reforma trabalhista, mais adiante passando a ser tratada no acórdão que deu ensejo ao tema de Repercussão Geral nº 725.

Nesse sentido a Terceirização passou por longo caminho como instituto, a avaliação do tema de Repercussão Geral, por meio da *lide case*, deu notória importância ao impacto da sua permissão no ambiente de trabalho, de forma que a Corte Suprema, teve nítida preocupação com a realidade do trabalhador, bem como com a dificuldade aparente de se equilibrar a proteção social com o princípio da livre iniciativa.

O resultado desses impasses foi a tese de Repercussão Geral que teve como preocupação a tentativa de caracterizar a Terceirização fraudulenta expurgando a da legalidade e expressar a permissão da Terceirização em consonância com os dispositivos constitucionais.

Na via da Pejotização, seu surgimento é mais recente, contudo, não menos importante, de modo a também possuir relevância constitucional, existindo tema de Repercussão Geral a ser julgado sobre a matéria.

Ainda é interessante notar como a questão da legalidade/ilegalidade no contexto de fraude objetivando esconder uma relação de emprego ali existente, foi ponto posto a debate, assim como ocorreu na discussão a respeito da Terceirização.

Nesta visa, em ambos os institutos houve necessidade de observação do princípio da primazia da realidade na análise dos institutos no caso concreto, bem como o respeito aos requisitos ou características que configuram uma relação de emprego (pessoalidade, habitualidade, onerosidade, subordinação), de forma a garantir a tutela dos direitos dos trabalhadores, papel essencialmente realizado pela Justiça do Trabalho, por meio de suas varas, tribunais regionais e pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Assim, mesmo diante do surgimento de novos institutos, deve-se manter a atenção ao respeito aos princípios em roga ao Direito do Trabalho e especialmente os constitucionais que garantem a proteção a pessoa humana, de modo que a construção jurisprudencial relativa aos temas de Repercussão Geral citados sinaliza o desafio contínuo e progressivo de se adaptar à nova realidade sem causar retrocesso social, observando para que os progressos econômicos não advenham da mutilação de direitos fundamentais de outrem.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses a centralidade no mundo do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília. DF. 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília. DF. 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jun. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília. DF. 09 ago. 1943. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 02 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324**. Rel.: Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 30-8-2018. Data de Publicação no DJE: 30-8-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TCC&tese=5900>. Acesso: 23 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão Geral nº 725**: "Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa". *STF – Portal de Jurisprudência de Repercussão Geral*, julgado em 30 ago. 2018; acórdão publicado em 13 set. 2019; trânsito em julgado em 15 out. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725>. Acesso em: 07 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão Geral nº 1.389**: "Competência e ônus da prova nos processos que discutem a existência de fraude em contrato civil/comercial de prestação de serviços". *STF – Portal de Jurisprudência de Repercussão Geral*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=7138684&numeroProcesso=1532603&classeProcesso=ARE&numeroTema=1389>. Acesso em: 07 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Recurso Extraordinário nº 958.252**, de rel.: do Min. Luiz Fux, data de julgamento: 30-8-2018. Data da Publicação em DJE: 30-8-2018. Disponível em: https://portal.trt3.jus.br/internet/jurisprudencia/repercussao-geral-e-controle-concentrado-adiadc-e-adpf-stf/downloads/repercussao-geral/Acordao_Tema_725_RG_STF.pdf. Acesso em: 07 jul. 2025.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2011]. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 22 jun. 2025.

CALVET, Otávio Amaral. **Direito do trabalho na era da descentralização produtiva**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6900/1/Otavio%20Amaral%20Calvet.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2025.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015.

DRUCK, Graça; THÉBAUD-MONY, Annie. Terceirização: A erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil. In DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia (Orgs). **A perda da razão social do trabalho terceirização e precarização**. São Paulo: Boitempo, 2007.

FEYERABEND, P. **Consolando o especialista**. In: LAKATOS, I.; MUSGRAVE, A. (Orgs.). *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*. São Paulo: Cultrix/Edusp, 1979. p.244-284.

FONSECA, Rafaela Guimarães Campos. **O fenômeno da pejotização e o avanço em seu**

reconhecimento pela jurisprudência. Trabalho Monográfico de Bacharelado (Graduação) – Faculdade de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2015.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas.** 4.ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.

LAKATOS, I. **La metodología de los programas de investigación científica.** Madri: Alianza editorial, 1983.

LAKATOS, I. **O Falseamento e a metodologia dos programas de pesquisa científica.** In: LAKATOS, I.; MUSGRAVE, A. (Orgs.) *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento.* São Paulo: Cultrix/Edusp, 1979.

LEITE, Carlos Henrique B. **Curso de Direito do Trabalho - 17ª Edição 2025.** 17. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.286. ISBN 9788553625963. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625963/>. Acesso em: 28 mai. 2025.

Lógica da descoberta ou psicologia da pesquisa? In: LAKATOS, I.; MUSGRAVE, A. *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento.* São Paulo: Cultrix/Edusp, 1979a. p.5-32.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho - 15ª Edição 2024.** 15. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.307. ISBN 9788553621125. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553621125/>. Acesso em: 25 jun. 2025.

OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejotização e a precarização das relações de emprego. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23588>. Acesso em: 4 jul. 2025.

PEREIRA, Leone. **Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2013.

PINHEIRO, Aline. Principais deveres do empregado para com a empresa. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <<https://alinepinheiro.jusbrasil.com.br/noticias/252310024/principais-deveres-do-empregado-para-com-a-empresa>>. Acesso em: 30 jun. 2025.

KUHT,Thomas. **Reflexões sobre os meus críticos.** In: LAKATOS, I.; MUSGRAVE, A. (Orgs.). *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento.* São Paulo: Cultrix/Edusp, 1979b. p.285-343.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho esquematizado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTANA, Robson. Práticas de terceirização nas empresas industriais. In DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia (Oorgs). **A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização.** São Paulo: Boitempo, 2007.

SILVIA, Dayane Rose. Projeto de Lei 4330/2004: terceirização irrestrita. **Revista Jus Navigandi**, 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38361/projeto-de-lei-4330-2004-terceirizacao-irrestrita>>. Acesso em: 27 jun. 2025.

STANDER, Célia Regina Camachi. **Fraude por meio de cooperativa e de constituição de pessoa jurídica por trabalhadores.** Revista da Escola da 72 Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 105-111, set. 2006.

TURCATO, Sandra; RODRIGUES, Rosualdo. PJ é artifício para sonegação de direitos. **Revista**

Anamatra, Brasil, ano XVII, n. 55, p. 11-15, 2º semestre de 2008. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24323/00000743.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2025.

TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y PROTECCIÓN DEL PENSIONISTA: NECESIDAD DE TÉCNICAS PROCESALES IDÓNEAS EN LA COBRANZA PREVISIONAL PERUANA

Marco Fabrizio Coronado PEZZINI
Piero Martín Roca SALAZAR

RESUMO

Este artigo de pesquisa tem como objetivo analisar criticamente a ineficiência do processo judicial para cobrança de pensões no âmbito do Sistema Privado de Previdência Privada peruano. Como solução, propomos o uso de técnicas processuais adequadas, evidentes por sua ausência, a fim de evitar a violação dos direitos fundamentais dos aposentados. A sobrecarga de processos judiciais, a demora desnecessária e a inação contra empregadores inadimplentes, entre outros problemas, comprometem a efetivação da tutela judicial, bem como o direito à pensão. Nesse sentido, propõe-se a possível viabilidade que será analisada neste artigo de pesquisa: a aplicação da técnica processual de repressão de atos homogêneos, contemplada no artigo 16 do Código de Processo Constitucional, para servir como instrumento útil à promoção da eficiência processual e da satisfação dos direitos fundamentais dos aposentados em seu acesso à tutela processual efetiva, adequada e tempestiva.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Jurisdiccional, Direitos Fundamentais, Contribuição Previdenciária.

RESUMEN

Mediante el presente artículo de investigación, se tiene como objetivo analizar de manera crítica, la ineficiencia que ostenta el proceso judicial de cobranza previsional dentro del marco del Sistema Privado de Pensiones del Perú, conllevando como propuesta de solución la utilización de técnicas procesales idóneas que se manifiestan por su ausencia, en aras de evitar la vulneración del derecho fundamental del pensionista. La sobrecarga de expedientes judiciales, dilación innecesaria del tiempo, inacción frente a empleadores morosos, entre otros problemas, comprometen la materialización de la tutela jurisdiccional efectiva, así como el derecho a la pensión. En ese sentido, se plantea la posible viabilidad que se analizará en este artículo de investigación, esto es, la aplicación de la técnica procesal de represión de actos homogéneos, contemplada en el artículo 16 del Código Procesal Constitucional, a fines que sirva como instrumento de utilidad para la promoción de la eficacia y satisfacción procesal en cuanto a los derechos fundamentales del pensionista en su acceso a la tutela procesal efectiva, adecuada y tempestiva.

PALABRAS CLAVE: Tutela Jurisdiccional, Derechos fundamentales, Aporte previsional.

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, una de las problemáticas persistentes en el ámbito previsional, es la ineficiencia del proceso judicial de cobranza de los aportes de trabajadores, casos como cuando el empleador retuvo montos correspondientes sin la efectuación de su entrega al Sistema Privado de Pensiones (SPP)¹. Si bien existe una previa etapa de cobranza de manera directa a cargo de las Administradora

1 Sistema de pensiones peruano, regulado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, con la finalidad de preservar los intereses a los afiliados, dando como beneficios, entre otros, brindar cuenta personal donde ingresen los aportes, realizar contribuciones voluntarias, contar con seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

de Fondos de Pensiones (AFP)², resulta esta insuficiente, ya que, en la práctica muchos empleadores suelen retener los aportes previsionales de sus trabajadores, siendo estos aportes no transferidos de manera oportuna a las cuentas correspondientes, afectando directamente el derecho del trabajador(a) a una pensión futura o siendo imprecisa su materialización. Este “fenómeno” se vuelve a presenciar incluso cuando las empresas son declaradas no habidas o cuando cesan sus actividades, quedando la AFP involucrada a largos procesos judiciales sin una vía clara para la recuperación de los fondos.

El pensionista, el cual, confía en el sistema y cumple con su obligación, en muchas ocasiones termina siendo víctima de esta ineficiencia estructural. La sobrecarga judicial, la dilación irrazonable del tiempo de los plazos procesales y la falta de mecanismos para responder ante estos lineamientos comunes de incumplimiento, conllevan una afectación directa al acceso de una pensión, al aporte previsional y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Pese a que el ordenamiento jurídico peruano reconoce dicha figura (tutela jurisdiccional efectiva) la realidad es que, dentro del proceso judicial, en materia previsional no logran llevar la protección de manera eficaz. La demora procesal no es un tema ajeno a la realidad jurídica peruana, no siendo solo común, sino estructural no pudiendo explicarse únicamente en la sobrecarga de expedientes, además de ello, existe una ausencia evidente de técnicas procesales dinámicas diseñadas para dar respuesta a dichas situaciones repetitivas que afectan los intereses de la colectividad.

Es imprescindible criticar el sistema actual de cobranza previsional en materia judicial cuando se pretende la salvaguarda de los derechos comprometidos, y es que, el modelo procesal vigente no ha sido consagrado para responder dichos incumplimientos para garantizar la eficacia de la tutela jurisdiccional en la materia de las pensiones, como las retenciones por parte de los empleadores de distintas empresas. Desde esta perspectiva, se hace necesario adoptar una postura abiertamente proteccionista respecto del pensionista, y también de su representante procesal - la AFP -; teniendo como consecuencia, la afectación de estos actores derivados de esta omisión procesal. Por lo tanto, la ineficiencia en la recuperación de aportes previsionales no debe comprenderse como un problema meramente operativo, sino - por el contrario - deberá ser entendido como una deficiencia normativa que exige respuesta desde el estudio doctrinario y jurisprudencial.

En ese sentido, mediante este artículo de investigación se pretende plantear como técnica procesal la represión de actos homogéneos, regulada en el artículo 16 del Código Procesal Constitucional peruano, y cómo esta podría presentarse como vía válida para evitar los incumplimientos previsionales reiterados, permitiendo la resolución eficiente, reconociendo la

2 Instituciones privadas con el fin de administrar los fondos de pensiones de los trabajadores.

existencia de patrones lesivos a los trabajadores y la actuación de eficacia material y protección de derechos.

Es por ello por lo que se pretende demostrar la ausencia de técnicas procesales óptimas para la protección del derecho del pensionista respecto a la cobranza previsional judicializada, además de demostrar la viabilidad de la aplicación del artículo 16 del Código Procesal Constitucional en el proceso judicial peruano, a fines de evidenciar que las técnicas de la represión de actos homogéneos son viables para promover una mayor eficacia al sistema judicial y seguridad jurídica a los ciudadanos.

Esta propuesta no solo implica una reinterpretación técnica del proceso judicial previsional, sino también una necesidad urgente de adecuar el derecho procesal al servicio de los derechos fundamentales. La inercia normativa frente a prácticas reiteradas de incumplimiento por parte de los empleadores ha generado una distorsión entre el contenido formal de las normas y su eficacia material. Es decir, aunque el ordenamiento jurídico reconoce el derecho a la pensión y a una tutela procesal efectiva, en la práctica los medios para su realización resultan insuficientes, lentos o inadecuados, por ello, es aquí es donde la figura de la represión de actos homogéneos cobra relevancia no solo como mecanismo procesal, sino como una estrategia constitucional de prevención, corrección y disuasión frente a vulneraciones sistemáticas.

A través de la aplicación analógica del artículo 16 del Código Procesal Constitucional, se propone una ampliación del ámbito de protección jurisdiccional más allá de lo meramente formal. La lógica detrás de esta figura parte de una interpretación sustantiva de los derechos fundamentales, en la que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un vehículo de efectividad. Al permitir que actos lesivos similares a los ya declarados como tales puedan ser reprimidos sin necesidad de iniciar un nuevo proceso judicial, donde se evitaría la sobrecarga de expedientes a nivel procesal, se racionalizaría el uso de los recursos judiciales y se protegería - de forma más eficiente - al pensionista y a la AFP, quienes hasta ahora cargan con el peso del proceso repetitivo y costoso, debido a que estos cuentan con legitimidad para obrar activa, siendo esta una de las condiciones de la acción en materia procesal.

Cabe precisar que esta técnica no sustituye los mecanismos ejecutivos ya existentes, sino que los complementa, llenando los vacíos procesales que hoy generan impunidad frente a incumplimientos previsionales reiterados. En contextos donde el empleador infractor repite su conducta lesiva - como el no cumplimiento de pagos previsionales ya ordenados -, aplicar la represión de actos homogéneos permitiría a los jueces actuar con mayor firmeza, claridad y celeridad. Esto no solo fortalecería la función jurisdiccional del Estado, sino también devolvería al sistema previsional su credibilidad institucional, garantizando que los aportes efectuados durante

años por el trabajador no se vean finalmente frustrados por la inacción o la lentitud del aparato judicial.

Mediante un método teórico-dogmático³, con valoraciones cualitativas, se pretende recoger los estudios teóricos para analizar todo lo concerniente a la tutela jurisdiccional frente al derecho de los pensionistas, recolectando las investigaciones más actualizadas así como la legislación peruana vigente a fines de poder observar, analizar y comprender dichos lineamientos, de esta manera, cumpliendo con el objetivo; podremos delimitar la viabilidad de la propuesta respecto al artículo 16 del Código Procesal Constitucional. Dicho artículo, conforme lo menciona Delgado (2020), “es una institución que insta de manera urgente, los procesos constitucionales, los cuales, si el tribunal constitucional los resuelve de manera favorable en una sentencia, servirá como antecedentes frente a otros procesos de similares características”; dicha afirmación manifiesta justamente que una de las funciones más importantes de los procesos constitucionales, siendo su capacidad de generar efectos más allá del caso concreto, proyectando su alcance a situaciones futuras similares. En este sentido, cuando el Tribunal Constitucional emite una sentencia favorable, no solo resuelve un conflicto específico, sino que crea un precedente normativo que puede ser invocado en otros procesos con actos sustancialmente homogéneos. En ese sentido, podemos reafirmar el valor de la interpretación respecto a dicho artículo como instrumento de garantía de derechos fundamentales⁴.

El presente artículo – en adelante - aborda un primer apartado introductorio que nos conduce – de manera preliminar – a conocer acerca de nuestra proyección y propuesta solucionadora de la problemática planteada sobre la judicialización de aportes previsionales y la necesidad de esta para utilizar técnicas procesales idóneas para su desarrollo; luego, tenemos un segundo punto sobre el derecho a la pensión como derecho fundamental; siguiendo con un tercer apartado, sobre el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional y su cuestionada efectividad, donde se detallan los elementos de la efectividad, adecuación y tempestividad en aras de evitar la vulneración del mismo; siguiendo con un cuarto punto donde se explica la ineficiencia del proceso judicial de cobranza previsional propiamente dicho, figura importante para el presente artículo; a modo de cierre, se explica en un quinto apartado sobre la represión de actos homogéneos como técnica procesal idónea para solucionar la problemática planteada.

3 La dogmática jurídica es aquella que considera al saber jurídico como saber científico, es decir, un saber puro o depurado. (Rojas, 2019, recogido de Época, L., & Época, L. (2019, 12 de octubre). Método Dogmático En Derecho | La Época - Con Sentido Del Momento Histórico. La Época- Con Sentido De Momento Histórico. <https://www.La-Epoca.Com.Bo/2019/10/12/Metodo-Dogmatico-En-Derecho/>)

4 “La represión de actos lesivos homogéneos es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que exhiben características similares a aquellos que en una sentencia previa han sido considerados contrarios a tales derechos. En este sentido lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho.” (Exp. nro. 01345-2013-PA/TC, 2013)

2. DERECHO A LA PENSIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El Tribunal Constitucional ⁵del Perú ha reconocido de forma reiterada que el derecho a la pensión no constituye un simple beneficio administrativo o prestación de seguridad social opcional, sino que reviste la naturaleza de un derecho fundamental, estrechamente vinculado al principio de dignidad humana y al derecho a la pensión mínima vital. Esta posición ha sido claramente sostenida en múltiples pronunciamientos jurisdiccionales, en los cuales se ha precisado que su reconocimiento requiere no solo de una regulación legal adecuada, sino también de garantías efectivas que permitan su ejercicio oportuno, continuo y sin restricciones arbitrarias. En ese sentido, el goce efectivo del derecho a la pensión no puede quedar a merced de omisiones legislativas, actos administrativos discrecionales o procesos judiciales ineficientes que frustren su finalidad protectora.

En esta línea, la Constitución Política del Perú consagra expresamente el derecho a la pensión en su artículo 11, ubicado dentro del capítulo de los derechos fundamentales, estableciendo que: “el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”. Esta disposición reconoce no solo el carácter fundamental del derecho a la pensión, sino también la obligación del Estado de generar condiciones reales para su concreción, lo cual implica necesariamente un deber activo de regulación y supervisión del sistema previsional.

Complementariamente, el Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia del Expediente nro. 01844-2011-PA/TC, reafirmó que el derecho a la pensión debe entenderse como un derecho de contenido esencial, cuya afectación o privación arbitraria vulnera directamente la protección constitucional. En dicho pronunciamiento, el TC declaró fundada la demanda de amparo por considerar que se había vulnerado el derecho del recurrente al haber sido privado indebidamente de una pensión que le correspondía. En sus fundamentos, el colegiado precisó que este derecho posee un contenido irreductible que no puede ser desconocido ni siquiera por razones presupuestales, señalando además que cualquier afectación injustificada debe ser revertida por el Poder Judicial de manera inmediata y eficaz, en resguardo del principio de protección a la seguridad y la justicia social

La interpretación constitucional desarrollada por el Tribunal ha sido consistente en señalar que la pensión es una herramienta jurídica esencial para preservar condiciones de vida dignas durante la etapa de vulnerabilidad económica que sobreviene al término de la vida laboral activa. Su carácter sustancial no solo deriva del texto constitucional, sino también de los compromisos

5 El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica - Ley nro. 28301.

internacionales en materia de derechos humanos asumidos por el Estado peruano, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que refuerzan su protección y exigen la adopción de medidas legislativas y administrativas que aseguren su vigencia práctica.

Valdez (2024) señala que el derecho a la pensión tiene como “propósito extender la protección a todos los ciudadanos que se encuentran en situación de necesidad, sea cual sea la causa que lo origine, mediante una cobertura universal y progresiva a través de salud y pensiones”.

Por lo que, esta concepción del autor, revela que la pensión no se limita a una prestación económica otorgada al final de la vida laboral activa, sino que se erige como un mecanismo estructural de justicia social, orientado a brindar protección frente a cualquier situación de necesidad. En esa línea, se reconfigura el rol del sistema previsional como parte esencial de una política pública de seguridad social con carácter universal, integral y progresivo. Esta idea está en sintonía con lo que dispone la Constitución Política del Perú en su artículo 11, al establecer la obligación estatal de garantizar el acceso a prestaciones de seguridad social a través de una cobertura gradual, lo cual, por interpretación sistemática y conforme a estándares internacionales de derechos humanos, incluye necesariamente a las pensiones.

Asimismo, la interpretación de Valdez apunta a superar el enfoque puramente contributivo o formalista del derecho previsional, para posicionarlo dentro de una lógica sustantiva de inclusión y equidad, especialmente en contextos donde las desigualdades estructurales del mercado laboral impiden que ciertos sectores accedan a una pensión digna. Esta visión resalta la necesidad de fortalecer los mecanismos legales e institucionales que aseguren no solo la existencia nominal del derecho, sino su accesibilidad real y efectiva. Desde esta perspectiva, resulta coherente sostener que cualquier proceso judicial que busque garantizar el cumplimiento del derecho a la pensión debe estar provisto de herramientas procesales eficaces, dinámicas y adaptadas a la naturaleza de los derechos que tutela.

Es por ello que, aquel trabajador que una vez acabado sus servicios, tendría derecho inmediato a consagrarse como pensionista, siendo un sujeto de especial protección constitucional, no solo por su condición de adulto mayor o de persona en situación de retiro laboral, sino también por el reconocimiento que tiene dicho derecho, por lo que, se tendría que exigir al Estado, el cumplimiento obligatorio de este, y, de ser el caso, a través del Poder Judicial, adoptar las medidas necesarias para reforzar y evitar la vulneración de dicho derecho.

Asimismo, el derecho al aporte previsional oportuno es una manifestación directa del derecho a la pensión. La falta de transferencia de los aportes retenidos constituye no solo una infracción legal o contractual, sino una lesión al contenido esencial del derecho fundamental del

trabajador. Esta afectación no puede ser tratada como un simple incumplimiento; por el contrario, se trata de una violación que compromete principios de interpretación constitucional, como el de concordancia práctica⁶, eficacia integradora⁷ y razonabilidad⁸.

En ese sentido, cualquier análisis sobre los procesos de cobranza previsional debe partir del reconocimiento de la pensión como derecho fundamental. No se trata de una cuestión meramente técnica o contable, sino de una obligación constitucional cuyo cumplimiento exige mecanismos procesales eficaces; se considera que la ausencia de estos - como se desarrollará en los siguiente capítulo - genera una vulneración directa a los derechos de los trabajadores (pensionistas).

3. TUTELA JURISDICCIONAL Y SU CUESTIONADA EFECTIVIDAD

Uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho y del sistema democrático es la garantía del acceso a la justicia, materializado a través del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Este derecho, reconocido tanto en instrumentos internacionales como en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú, implica que toda persona debe poder acudir a un órgano jurisdiccional predeterminado por la ley, sometido a un proceso regular, para obtener una decisión imparcial y fundada en derecho. Sin embargo, la sola existencia formal de este derecho no asegura su plena vigencia práctica, especialmente cuando el sistema judicial carece de los medios, tiempos o técnicas procesales adecuadas para atender eficientemente determinadas materias, como ocurre en el ámbito previsional.

En este contexto, resulta indispensable analizar si la tutela jurisdiccional efectiva, en su aplicación concreta al proceso judicial de cobranza previsional, cumple con los estándares materiales que la doctrina y la jurisprudencia han establecido. No se trata únicamente de permitir que el pensionista o su representante procesal (la AFP) acceda al sistema judicial, sino de garantizar que este proceso sea capaz de ofrecer una protección real, oportuna y útil del derecho reclamado. La dificultad surge cuando, a pesar del reconocimiento normativo del derecho a la pensión y de la vía procesal habilitada para exigirlo, el resultado obtenido no alcanza a satisfacer el interés sustancial del trabajador pensionista.

6 El tribunal Constitucional, en la sentencia del Exp. nro. 1013-2003-HC/TC “exige determinar el contenido esencial de un derecho en coordinación con otros principios o exigencias constitucionalmente relevantes. Entre esas exigencias y principios se encuentran, por ejemplo, la continuidad y prontitud del ejercicio de la función jurisdiccional, la independencia e imparcialidad del juez”.

7 El Tribunal Constitucional, en la sentencia del Exp. nro. 008-2023-AI/TC “La interpretación institucional permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el prius ético y lógico del Estado social y democrático de derecho.”

8 Exp. nro. 00535-2009-PA/TC “Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias”

Ahora bien, respecto a la tutela jurisdiccional efectiva⁹, como bien se señala en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú¹⁰, “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”

Prado & Zegarra¹¹ (2023), señalan que, la tutela jurisdiccional efectiva, como todo derecho reconocido en la constitución, ostenta una dimensión subjetiva y objetiva, siendo la primera referida como aquel “límite individual oponible al Estado (...)” y la segunda se configura como “mandato a los poderes del Estado con la finalidad de que garanticen y maximicen los alcances del derecho (...)”

Lo mencionado por los autores permiten a la comprensión que la tutela jurisdiccional efectiva no debe entenderse únicamente como un derecho individual de acceso al sistema de justicia, sino como una institución de doble dimensión que compromete tanto al ciudadano como al Estado. En su dimensión subjetiva, actúa como un derecho personal exigible por cualquier persona frente al Estado; es decir, como un límite infranqueable que impide que se niegue injustificadamente el acceso a la justicia o que se someta al individuo a procedimientos arbitrarios. Mientras que, en su dimensión objetiva, se transforma en una obligación constitucional para los poderes del Estado, quienes deben adoptar las medidas necesarias para que este derecho no solo exista formalmente, sino que se materialice de forma real y efectiva. Esto implica, por ejemplo, dotar al sistema judicial de recursos suficientes, establecer procedimientos adecuados y garantizar que los procesos se desarrollen con razonabilidad temporal. Así, la tutela jurisdiccional efectiva no es un mero formalismo procedimental, sino una garantía integral que debe ser promovida y protegida desde la estructura misma del Estado.

Sin embargo, cabe preguntarse, más allá de su contemplación normativa, si es que la tutela jurisdiccional en el Perú - en aras del presente artículo, en el ámbito previsional - es verdaderamente efectiva, ya que, es de reconocer que solo el acceso al proceso judicial no garantiza una protección

9 Reconocida también a nivel internacional por el artículo nro. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)”

10 Artículo nro. 139 inciso 3, “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”, de La Constitución Política del Perú.

11 Los autores señalan que, la Tutela Jurisdiccional Efectiva, se consagra como aquel derecho fundamental que garantiza “(i) Que se pueda acceder a un proceso judicial con la finalidad de dilucidar una controversia o conflicto de interés con relevancia jurídica; (ii) Que el proceso al que se acceda sea tramitado con las garantías del debido proceso, (iii) Que se tenga la posibilidad de obtener una sentencia fundada en derecho; (iv) Que la sentencia que obtenga, en caso sea favorable, pueda ser ejecutada”

real del derecho, en la práctica, se obstaculiza dicha meta en cuanto a demoras procesales¹², ausencia de técnicas, sobrecarga de expedientes, entre otros. En el caso de los pensionistas que se adentran a un proceso judicial durante meses o incluso años sin obtener sentencia firme, se cuestiona si realmente existe en esos casos la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Autores contemporáneos como Cavani (2023), establece que existen tres dimensiones esenciales de la tutela jurisdiccional, siendo la efectividad, adecuación y tempestividad. La efectividad implica que la intervención del órgano jurisdiccional produzca un resultado real en el derecho discutido; la adecuación exige que se utilicen los instrumentos procesales correctos para garantizar dicha protección; y la tempestividad implica que la tutela se brinde dentro de un plazo razonable, siendo así dichos elementos indispensables para determinar si realmente estamos frente a la tutela jurisdiccional efectiva conforme al estándar constitucional.

En ese mismo sentido, Toledo (2022) señala que una persona puede requerir un derecho donde se está contraviniendo, accediendo o iniciando un proceso ante un órgano jurisdiccional, el cual debe cumplir u observar las garantías necesarias para que posteriormente se obtenga una resolución, dicho ello y para finalizar debe existir la posibilidad de ejecución.

Respecto a ello, cabe señalar que la tutela jurisdiccional efectiva, no se agota en la simple posibilidad de iniciar un proceso judicial. Según su interpretación, el derecho fundamental de acceso a la justicia debe desarrollarse en un itinerario coherente: primero, la persona debe tener la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional cuando se vea vulnerado su derecho; segundo, dicho órgano debe garantizar un proceso debido, es decir, observar las garantías del debido proceso - como la imparcialidad -; y, finalmente, debe existir una verdadera posibilidad de ejecutar la decisión judicial. Este último punto es clave, ya que, sin una ejecución efectiva, la sentencia se convierte en una declaración vacía; y, el derecho reconocido en ella, en una promesa incumplida. En ese sentido, lo citado enfatiza que la tutela jurisdiccional efectiva solo se consagra plenamente cuando el Estado garantiza no solo el acceso y el desarrollo del proceso, sino también la materialización concreta del derecho que se reclama, lo que resulta especialmente relevante en contextos como el previsional, donde la falta de ejecución puede dejar al trabajador sin el sustento vital que le corresponde.

Sin embargo, dentro del contexto de la cobranza previsional, podemos observar que ninguna de estos tres elementos se cumple, ya que, no existe el derecho a la ejecución teniendo la

12 Como bien menciona Fuentes (2025). “El sistema de justicia peruano el derecho de tutela jurisdiccional viene siendo vulnerado y limitado para los demandantes que acuden a las diferentes cortes, manifestándose a través del retraso del avance de cada expediente (encontrándose a la espera de la emisión de resoluciones o sentencias por parte de cada despacho judicial), siendo que este retraso no es solo de semanas sino de meses hasta años que el justiciable se encuentra esperando, es por ello, que se estaría generando una perspectiva negativa y la desconfianza por parte de los usuarios del sistema judicial.”

ausencia de la efectividad¹³ porque, en muchos casos, por el incumplimiento de empleadores o la falta de ineficiencia judicial, los plazos excesivos, o incluso la desaparición de empresas o su insolvencia antes que concluya el proceso evita que la tutela jurisdiccional se pueda consagrar como efectiva. En segundo lugar, no existe adecuación, en cuanto el régimen procesal vigente no cuenta con herramientas específicas para tratar patrones homogéneos de evasión previsional. Y no hay tempestividad porque el tiempo judicial para obtener sentencia o ejecución puede tomar años, situación que deja al pensionista sin remedio real.

Por ello, resulta insuficiente mantener una visión formalista del derecho a la tutela jurisdiccional. No basta con su reconocimiento constitucional o con permitir la interposición de demandas. La tutela jurisdiccional pierde efectividad cuando no produce consecuencias útiles¹⁴, y especialmente, cuando el paso del tiempo termina por vaciar de contenido al derecho sustantivo reclamado. En los procesos de cobranza previsional, la desprotección se manifiesta con claridad, debido a que el trabajador puede tener la razón jurídica, pero el sistema judicial no le proporciona los medios para hacer valer su derecho de manera oportuna ni eficaz.

En ese sentido, en suma, la tutela jurisdiccional, si bien reconocida como derecho fundamental y humano, debe ser analizada desde su dimensión real, no solo normativa. En el ámbito previsional, su efectividad está severamente cuestionada. Mientras el sistema judicial no cuente con técnicas adecuadas ni tiempos razonables para procesar y resolver conflictos de esta naturaleza, se mantendrá la apariencia de protección sin el contenido sustancial de justicia. Esto obliga a replantear seriamente el modelo procesal utilizado y a considerar herramientas que puedan restituir el sentido efectivo de la tutela, conforme a las exigencias constitucionales y convencionales.

Por lo tanto, se vuelve imperativo que el Estado y los operadores jurídicos reconozcan que la tutela jurisdiccional efectiva no puede seguir funcionando bajo parámetros meramente formales o ritualistas, menos aun cuando se trata de la defensa de derechos fundamentales como el acceso a una pensión digna. La justicia no debe limitarse a ser accesible en el papel, sino también eficiente en su ejecución. En esa línea, es necesario adoptar enfoques más dinámicos, incorporando técnicas

13 Acuña (2020), citado por Bach (2022), sostiene que la Tutela Jurisdiccional Efectiva, supone el cumplimiento de otros derechos, siendo “a. Derecho de acceso a la jurisdicción; b. Derecho al debido proceso; c. Derecho a la resolución de fondo; d. Derecho a la tutela cautela; e. Derecho a la Ejecución” y; sobre este último es de destacar que, justamente se podrá hablar de tutela jurisdiccional efectiva, cuando el sistema judicial decide y resuelve sobre el fondo del proceso y, lo materializa, siendo de su obligatorio cumplimiento, se cuestiona la tutela jurisdiccional y su efectividad, cuando observamos casos de meses e incluso años que no llegan a concretar la ejecución. Por lo que no solo se estaría hablando de ineficiencia, sino también, de ineficacia.

14 Como señala Bach (2022) “(...) la Tutela judicial efectiva, más específicamente en su vertiente de Derecho a la Ejecución, que es una realización específica del requisito de eficacia que garantiza el derecho a la tutela judicial y que no termina ahí, pues por la naturaleza del caso tiene una visión ampliada que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...)”.

procesales que permitan atender patrones de incumplimiento reiterado, como lo son la represión de actos homogéneos, y consolidar mecanismos que eviten la multiplicación de procesos idénticos, los cuales solo agravan la carga judicial y dilatan injustamente los derechos de los pensionistas.

4. INEFICIENCIA DEL PROCESO JUDICIAL DE COBRANZA PREVISIONAL

El proceso judicial de cobranza previsional, tal como se encuentra actualmente regulado bajo el Texto Único Ordenado del Decreto Ley nro. 25897 (Ley del Sistema Privado de Pensiones) y de forma supletoria conforme a la Ley nro. 29497 (Ley Procesal del Trabajo), presenta serias limitaciones estructurales al no contar con disposiciones específicas que respondan a las particularidades del incumplimiento previsional sistemático y reiterado. Este marco legal, de carácter generalista, se muestra insuficiente para abordar con eficacia la complejidad del fenómeno de evasión de aportes por parte de empleadores, quienes muchas veces retienen los montos sin efectuar el traslado correspondiente al fondo del afiliado. Dicha conducta, al repetirse en múltiples periodos, origina no solo un perjuicio económico acumulativo para el trabajador, sino también una afectación directa al derecho fundamental a la pensión y a la expectativa legítima de una vejez digna.

En ese sentido, al no existir un régimen procesal especializado o adaptado que contemple estos escenarios frecuentes de evasión, se terminan aplicando reglas procesales comunes que no consideran la urgencia ni la singularidad del daño previsional. La judicialización de estos casos se desarrolla bajo parámetros ordinarios que no incorporan mecanismos procesales eficaces para enfrentar situaciones homogéneas y persistentes, tales como plazos perentorios de cumplimiento, ejecución reforzada o medidas preventivas frente a la insolvencia del empleador. Esto genera un escenario de prolongada indefensión para el pensionista, que ve cómo sus derechos se diluyen con el tiempo mientras el proceso judicial avanza con lentitud y sin herramientas diseñadas para la realidad que enfrenta.

Otro elemento problemático de especial gravedad en el proceso judicial de cobranza previsional es la ausencia de mecanismos eficaces que garanticen la ejecución material de las sentencias o “resoluciones finales”, para el caso en concreto. Incluso cuando se supera el largo y complejo trámite judicial y se obtiene una resolución favorable, esta muchas veces resulta ineficaz en la práctica, pues el empleador demandado suele encontrarse en situación de iliquidez, ha cesado sus operaciones, ha sido declarado no habido o ha vaciado su patrimonio. En tales circunstancias, la sentencia se convierte en un documento simbólico, sin capacidad real de resarcir el perjuicio causado al pensionista, quien ha esperado durante años una justicia que, al no ser ejecutable – en sentido estricto –, termina vacía de contenido. Esta disfunción revela una grave desconexión entre la

declaración judicial del derecho y su eficacia concreta, socavando el principio de tutela jurisdiccional efectiva y debilitando la credibilidad del sistema judicial previsional. Urge, por tanto, repensar y reforzar los mecanismos de ejecución en esta materia, adoptando medidas cautelares patrimoniales más oportunas y técnicas procesales que aseguren resultados tangibles, para que el derecho reconocido no se quede solo en el papel, sino que tenga una verdadera expresión material en favor del afiliado afectado (pensionista vulnerado).

Además, el proceso judicial no solo se caracteriza por su lentitud estructural, sino también por un marcado formalismo que entorpece el acceso real a la justicia previsional. Los requerimientos excesivos de documentación, los plazos prolongados para la admisión y resolución de escritos, así como la ausencia de impulso de oficio en etapas claves del procedimiento, generan una dinámica procesal que no favorece al afiliado ni responde a la urgencia del caso. Esta carga formal, lejos de garantizar el debido proceso, termina por obstaculizarlo, especialmente para aquellos pensionistas o AFPs que deben litigar frente a empleadores morosos o evasores reincidentes. La consecuencia directa es que el derecho a la pensión, ya vulnerado por la omisión del aporte, se ve afectado por segunda vez: primero por la conducta del empleador y luego por un sistema judicial que no brinda una respuesta oportuna ni eficaz. Esta doble afectación configura una negación sustancial de la tutela jurisdiccional efectiva y demanda con urgencia una reforma orientada a dotar al proceso de herramientas más ágiles, simplificadas y con sentido de justicia material.

Por todo lo expuesto, resulta evidente que el actual modelo de cobranza previsional judicializada no cumple con los estándares exigidos para una tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y tempestiva. La normativa vigente no prevé mecanismos específicos para enfrentar patrones reiterativos de incumplimiento por parte de los empleadores, lo que genera una respuesta judicial ineficiente frente a una problemática estructural. Esta ausencia de adecuación procesal impide que los pensionistas o las AFP, con legitimidad activa para obrar, puedan obtener una reparación pronta y real frente a la vulneración de su derecho a una pensión digna.

Frente a ello, se vuelve indispensable repensar el diseño del proceso judicial en materia previsional y dotarlo de herramientas que permitan responder a esta realidad de manera eficaz. Una de las alternativas viables es la incorporación de técnicas procesales modernas como la represión de actos homogéneos, prevista en el artículo 16 del Código Procesal Constitucional. Esta figura, cuyo análisis se desarrollará en el siguiente capítulo, ofrece una vía racional y justa para enfrentar el fenómeno repetitivo de evasión previsional, asegurando una mejor protección de los derechos fundamentales involucrados.

5. REPRESIÓN DE ACTOS HOMOGÉNEOS¹⁵ COMO TÉCNICA PROCESAL IDÓNEA

La represión de actos homogéneos¹⁶, como técnica procesal diseñada originalmente para el proceso constitucional de amparo, se revela como una herramienta idónea y útil para afrontar fenómenos procesales repetitivos y sistemáticos, como lo es la omisión persistente de aportes previsionales por parte de empleadores morosos. Esta figura permite extender los efectos protectores de una sentencia firme a situaciones similares que ocurren con posterioridad, sin necesidad de iniciar un nuevo proceso, evitando así la fragmentación y acumulación innecesaria de expedientes.

En ese marco, su posible aplicación analógica al proceso judicial de cobranza previsional no solo resulta jurídicamente viable, sino también necesaria desde una perspectiva de tutela efectiva de derechos fundamentales. Como se ha demostrado, el derecho a la pensión y a la tutela jurisdiccional no pueden quedar sujetos a la rigidez procesal ni a diseños ineficaces que desconocen la realidad estructural del problema. El proceso ordinario, carente de una técnica específica para enfrentar actos repetidos, exige mecanismos que refuercen su capacidad de respuesta frente a prácticas reincidentes y homogéneas por parte de los empleadores.

Afirmar la idoneidad de esta técnica implica reconocer que los jueces deben interpretar la normativa procesal desde una lógica constitucional y finalista, priorizando la protección del derecho sustantivo. No se trata de desbordar el marco legal, sino de integrarlo con coherencia, aplicando los principios generales del derecho, a la interpretación sistemática y al principio protector de la persona en calidad de afiliado o pensionista.

La analogía, como herramienta reconocida para suplir vacíos normativos, cobra plena legitimidad cuando se utiliza para extender soluciones ya previstas para supuestos semejantes. En tal sentido, urge incorporar - de manera expresa o jurisprudencial - el uso de la represión de actos homogéneos como técnica procesal complementaria en los procesos de ejecución previsional, reconociendo su valor dentro de un sistema de justicia que busca ser más eficaz, menos formalista y más protector de los derechos fundamentales. Esta incorporación no solo puede ser impulsada por la interpretación judicial, sino también promovida mediante reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial o a la Ley Procesal del Trabajo, incorporando criterios normativos que habiliten expresamente el control de actos previsionalmente homogéneos.

15 El tribunal Constitucional lo manifiesta en dos fundamentos, siendo “a) la necesidad de garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas; y, b) evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos que de forma previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales.”

16 Como señala el TC en el EXP nro. 04878-2008-PA/TC dicha represión “constituye una institución nueva en nuestro sistema procesal constitucional y que debe ser considerado como un mecanismo de protección judicial de los derechos fundamentales frente a actos de características similares a los que ya fueron considerados en una sentencia como contrarios a tales derechos.”

Finalmente, se requiere que los jueces, en su función de garantes de derechos fundamentales, apliquen criterios hermenéuticos que permitan identificar estos actos repetitivos y reconozcan su sustancial homogeneidad. Esto debe entenderse no como una excepción, sino como una exigencia del deber constitucional de proteger al ciudadano frente a la reiteración de prácticas que lesionan derechos fundamentales. La represión de actos homogéneos, aplicada con criterio y rigor, cumple con los requisitos de viabilidad para ser incorporada – vía interpretación analógica - como una técnica procesal idónea para fortalecer el sistema procesal y materializar la justicia en el ámbito procesal previsional.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA: La cobranza previsional judicializada, en su configuración procesal actual, no garantiza el cumplimiento de una tutela jurisdiccional efectiva, adecuada ni tempestiva, pese a tratarse de un derecho fundamental de raigambre constitucional e internacional. La estructura normativa vigente, pensada para litigios individuales y no para fenómenos estructurales de incumplimiento, ha institucionalizado la ineficiencia como una constante del sistema judicial. Frente a empleadores morosos y reiterativos, el aparato jurisdiccional actúa con indiferencia o lentitud, convirtiendo los procesos en meros rituales burocráticos sin impacto real para el pensionista.

SEGUNDA: El reconocimiento constitucional y convencional del derecho a la tutela jurisdiccional no basta por sí solo para garantizar su efectividad si el proceso judicial no cumple una función reparadora ni concreta. La sola existencia del proceso no es sinónimo de justicia, y menos aún de garantía efectiva. Cuando los procesos previsionales se tornan inertes, repetitivos e incapaces de brindar soluciones eficaces frente a violaciones de derechos fundamentales, la tutela jurisdiccional deviene en una figura simbólica, vaciada de contenido material. La verdadera evaluación de este derecho no radica en su consagración formal, sino en su capacidad real de restituir, dentro de plazos razonables, situaciones jurídicas injustamente afectadas.

TERCERA: El artículo 16 del Código Procesal Constitucional, que regula la técnica de represión de actos lesivos homogéneos, representa una herramienta procesal con alto potencial para ser utilizada en contextos de violación reiterada de derechos, como ocurre en el ámbito de la cobranza previsional judicializada. A través de su aplicación analógica, puede evitarse la tramitación innecesaria de múltiples procesos idénticos, aportando eficiencia, coherencia y economía al sistema judicial. Esta técnica permite reconocer que, frente a actos sustancialmente iguales ya resueltos por el Poder Judicial, debe primar el valor del precedente y la protección inmediata del derecho, sin necesidad de volver a recorrer un procedimiento extenso e ineficaz.

CUARTA: La aplicación de la analogía como técnica integradora del derecho encuentra pleno sustento cuando se identifican similitudes sustanciales entre supuestos jurídicos, especialmente si ambos protegen bienes fundamentales de la persona. En este caso, la naturaleza de los procesos de amparo - cuyo objeto es proteger derechos fundamentales frente a actos lesivos - es funcionalmente similar a los procesos judiciales de cobranza previsional, en los cuales se busca reparar la afectación de derechos como la pensión, el aporte previsional y la tutela procesal efectiva, adecuada y tempestiva. En ambos casos, el conflicto gira en torno a la defensa de situaciones jurídicas reconocidas constitucionalmente. Esta equivalencia material habilita no solo la posibilidad, sino la necesidad de trasladar la técnica de la represión de actos homogéneos al proceso previsional, como medida efectiva para enfrentar la reiteración sistemática de infracciones previsionales por parte de empleadores morosos.

QUINTA: La incorporación, ya sea por vía interpretativa o normativa, de la técnica de represión de actos homogéneos al proceso judicial de cobranza previsional representa no solo una medida jurídicamente posible, sino una exigencia impostergable en aras de una justicia sustancial. En un escenario en que la omisión de aportes previsionales por parte de empleadores constituye una práctica recurrente, tolerada y hasta normalizada por el propio sistema, urge implementar mecanismos que rompan esta lógica de impunidad. Cuando el juez, con criterio constitucional, reconoce esta técnica como una vía legítima para enfrentar actos lesivos repetitivos, se fortalece la respuesta del Estado frente a los incumplimientos previsionales y se garantiza al pensionista una verdadera expectativa de justicia. En este contexto, la represión de actos homogéneos deja de ser solo una figura procesal para convertirse en una herramienta transformadora del modelo judicial previsional en el Perú.

BIBLIOGRAFÍA

Acerca | TC. (S. F.). <https://Www.Tc.Gob.Pe/Institucional/Acerca/>

Bach, R. (2022). Tutela Judicial Efectiva en la Ejecución de Sentencias de cobro de aportes previsionales contra la dirección regional de educación-Amazonas 2015-2018. ACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. <https://repositorio.untrm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14077/3065/Rafael%20Vasquez%20Greysi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cavani, R. (2023). El Proceso Civil en su Laberinto: Ensayos para una reforma. Editorial Zela.

Constitución Política Del Perú. (1993)

Época, L., & Época, L. (2019, 12 de octubre). Método Dogmático En Derecho | La Época - Con Sentido Del Momento Histórico. La Época- Con Sentido De Momento Histórico. <https://Www.La-Epoca.Com.Bo/2019/10/12/Metodo-Dogmatico-En-Derecho/>

Fuentes Solis, M. E. (2025). El Derecho A La Tutela Jurisdiccional Frente A La Administración De Justicia En Los Juzgados Civiles En Lima Sur - 2022 [Tesis De Pregrado, Universidad Autónoma Del Perú]. Repositorio De La Universidad Autónoma Del Perú.

LA PENSIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL REQUIERE DE REGULACIÓN LEGAL PARA ESTABLECER LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA SU GOCE | TC. (S. F.). <https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/not-0e25a60385a751e9f772e1e0414ac15f/>

LP DERECHO (2021). ¿Cuáles Son Los Siete Principios De Interpretación Constitucional? | LP. LP. <https://lpderecho.pe/cuales-son-los-principios-de-interpretacion-constitucional/>

MERCEDES, C. D. P. (2023). Tutela Judicial Efectiva En La Ejecución De Sentencias De Cobro De Aportes Previsionales Contra La Dirección Regional De Educación-Amazonas 2015-2018. <https://repositorio.untrm.edu.pe/handle/20.500.14077/3065>

Novoa Campos, Bruno Alberto (2021). Efectividad De Las Resoluciones Judiciales Constitucionales Contra El Estado Que Contienen Una Obligación De Hacer. Estudio Y Propuestas Para Fortalecer El Deber Estatal A Partir De La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Y La Corte Interamericana De Derechos Humanos. <https://tesis.pucp.edu.pe/items/F52f8cfb-F773-45cb-Aae1-2f819f59e360>

Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley nro. 31307

PRADO Bringas, R., & Zegarra Valencia, F. (2023). Tutela Jurisdiccional Efectiva En El Proceso Contencioso Administrativo Peruano: Principales Problemas Y Posibles Soluciones. Derecho & Sociedad, (61), 1-44. Recuperado A Partir De <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/28436>

TC PRECISA ALCANCES DE LA REPRESIÓN DE LOS ACTOS HOMOGÉNEOS QUE AFECTA A QUIENES HAN GANADO UN PROCESO | TC. (S. F.). <https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/tc-precisa-alcances-de-la-represion-de-los-actos-homogeneos-que-afecta-a-quienes-han-ganado-un-proceso/>

TOLEDO Aranda, Melvin Jackeline (2022). El Derecho Fundamental De Ejecución De Sentencias Bajo Una Tutela Jurisdiccional Efectiva: Fundamentos Para Una Adecuada Interpretación Del Artículo 70.5 De La Ley nro. 28411. <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/E417aec2-E510-4be5-Aebc-F7eab9523e4f>

Valdez Vásquez, Victor Pierre (2024). La Garantía Del Derecho Fundamental A La Pensión En Los Regímenes Previsionales De Los Decretos Leyes 20530 Y 19990: Ejecución Judicial Oportuna, Sencilla Y Eficaz. <https://tesis.pucp.edu.pe/items/6ea0fff8-5109-44a9-Ba36-70bf9416c0fc>

Vista De Represión De Actos Lesivos Homogéneos Y La Tutela Jurisdiccional Efectiva Del Personal Docente Que Laboró Bajo El Régimen De Las Leyes 24029 Y 25212 En El Perú | Yachaq: Revista De Derecho. (S. F.). <https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/ry/article/view/368/445>.

CAPÍTULO III
VULNERABILIDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS E O DIREITO
CONTEMPORÂNEO

A FUNÇÃO COLABORATIVA DO DIREITO PARA A FORMAÇÃO DE UM ESTADO SOCIOAMBIENTAL: DESAFIOS ENFRENTADOS POR COMUNIDADES QUILOMBOLAS E O RACISMO AMBIENTAL

Fernando de Brito ALVES¹

João Ricardo dos SANTOS²

Ronaldo Aparecido ROSA JUNIOR³

RESUMO

O racismo ambiental, enquanto práticas ou diretrizes ambientais que afetam de forma desproporcional, independentemente de intenção, indivíduos, grupos ou comunidades com base na raça ou na cor, tem se fortalecido e motivado diversas denúncias sobre situações de desigualdades socioambientais e de conflitos ambientais. Assim, o presente trabalho tem como cerne a investigação da democracia participativa no Brasil, sob a ótica da formação de um Estado Socioambiental. A análise se concentrará nos desafios impostos pelo racismo ambiental e na forma como o Direito Ambiental e as políticas públicas brasileiras contemplam (ou não) os povos e as comunidades tradicionais, em especial as comunidades quilombolas costeiras. O objetivo é compreender a responsabilidade estatal na implementação efetiva dessas legislações, considerando a perspectiva dessas comunidades que sofrem os maiores impactos ambientais. Para tanto, utiliza-se uma metodologia qualitativa, pois a pesquisa baseia-se numa abordagem qualitativa, recorrendo à

- 1 Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, é especialista em "História e historiografia: sociedade e cultura" pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho. Foi Coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica (agosto de 2014- março de 2023). Realizou estágio de pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014), Visiting researcher na Universidad de Murcia (2019). Atualmente é Procurador Geral da UENP, Editor da Argumenta Journal Law, e Assessor Técnico da Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do Estado do Paraná.
- 2 Professor Universitário na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Coordenador de Atividade Curricular de Extensão (AEX) do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Assistente III de Juiz de Direito junto Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) em convênio com o Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Legale Educacional. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos (UNIFIO). Autor da obra "Coculpabilidade no Brasil sob a ótica das ciências criminais: vulnerabilidade social no juízo de reprovação penal", publicado pela Editora Thoth. Integrante do Grupo de Pesquisa "Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais - GPCERTOS", sob a coordenação do Professor Doutor Ilton Garcia da Costa, desenvolvido na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). É pesquisador, autor de artigos e trabalhos científicos na área jurídica, com ênfase nos seguintes temas: Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Direitos Humanos e Política Criminal.
- 3 Discente do último semestre de Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Foi estagiário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na Secretária do Juizado Especial Cível da Comarca de Bandeirantes/PR. Foi bolsista PIBIC, na temática "Existe Democracia Participativa no Brasil? A atuação do Direito para a formação de um Estado Socioambiental", financiada pela Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná, orientado pelo Prof. Dr. Fernando de Brito Alves. Foi estagiário no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná da Comarca de Andirá/PR na competência do Gabinete do Juízo da Vara Cível e Anexos, da Fazenda Pública, Acidentes de Trabalho, Registros Públicos e Corregedoria do Foro Extrajudicial. Foi estagiário no Escritório Resende Assessoria, no departamento Trabalhista, desempenhando funções que abrangem tanto atividades administrativas quanto processuais. Atualmente é estagiário no Ministério Público do Estado do Paraná - 1 Promotoria de Justiça da Comarca de Andirá/PR, bem como bolsista do Programa de Formação de Estudante Empreendedor - UVPR, financiada pela Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior - SETI/UEF.

consulta de textos acadêmicos relevantes para o tema e de documentos fundamentais para aprofundamento. Os resultados apontam que, embora existam normas legais específicas que garantem a visibilidade dos povos e comunidades tradicionais, como a Constituição Federal, em seu artigo 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, além de outros dispositivos legais, ainda há lacunas normativas frente à realidade desses povos. A análise da legislação e das políticas públicas é crucial para identificar tanto os avanços quanto as lacunas na proteção dessas comunidades. Conclui-se que é necessário aprimorar os mecanismos jurídicos e sociais que podem fortalecer a proteção ambiental e territorial dessas comunidades.

PALAVRAS-CHAVE: Quilombolas; Raça; Natureza, Racismo Ambiental, Políticas Públicas e Legislação Ambiental.

ABSTRACT

Environmental racism, understood as practices or environmental policies that disproportionately affect individuals, groups, or communities based on race or color—regardless of intent—has become increasingly prominent, fueling numerous reports of socio-environmental inequalities and conflicts. This study investigates participatory democracy in Brazil through the lens of the formation of a socio-environmental state. The analysis focuses on the challenges posed by environmental racism and how Brazilian environmental law and public policies address—or fail to address—the rights of traditional peoples and communities, with particular attention to coastal quilombola communities. The objective is to assess the State’s responsibility in effectively implementing relevant legislation, considering the perspective of communities most affected by environmental impacts. A qualitative methodology is employed, grounded in the review of academic literature and key legal and policy documents. The findings indicate that, despite the existence of specific legal provisions—such as Article 68 of the Transitional Constitutional Provisions of the Federal Constitution—there remain significant normative gaps concerning the lived realities of these populations. The legal and policy analysis reveals both progress and shortcomings in protecting these communities. The study concludes that it is essential to strengthen legal and social mechanisms to ensure more effective environmental and territorial protection for traditional communities.

KEYWORDS: Quilombolas; Race; Nature, Environmental Racism, Public Policies and Environmental Legislation.

1 INTRODUÇÃO

O debate em torno da promoção da justiça ambiental e do enfrentamento ao racismo ambiental no Brasil tem se internacionalizado, impulsionado pelas denúncias crescentes sobre desigualdades socioambientais observadas em diferentes regiões, envolvendo degradações proporcionadas por empreendimentos e a destinação de áreas urbanas menos qualificadas ambientalmente para populações pobres e negras.

O artigo tem como propósito traçar um panorama do estado atual das discussões sobre justiça ambiental e Racismo Ambiental no Brasil, especialmente no contexto das reivindicações de movimentos sociais intimamente ligados à concepção de ambiente, colocando em foco a perspectiva das comunidades nas zonas costeiras, com ênfase aos povos quilombos.

Desta maneira, as reflexões apresentadas na pesquisa buscam tratar da problemática do racismo ambiental a partir da compreensão de como esta temática se especializa e se territorializa em nosso recorte de estudos. O diálogo com reflexões teóricas sobre quilombos, raça, racismo, território e natureza tornou-se fundamental para as abordagens teóricas de estudos decoloniais e afroepistêmicos.

Para compreender a situação, além do recorte das comunidades quilombolas, paralelamente, será investigada e conceituada a democracia participativa no Brasil, sob a ótica da formação de um Estado Socioambiental. Com isso, o trabalho se debruçará sobre os complexos desafios impostos pelo racismo ambiental, examinando de que forma o Direito Ambiental e as políticas públicas brasileiras têm contemplado os povos e as comunidades tradicionais, em especial as comunidades quilombolas costeiras.

Assim, apesar da existência de normas legais específicas para garantir a proteção e o reconhecimento dessas comunidades, isso não significa que os problemas estejam todos resolvidos e os direitos assegurados. A análise da legislação e das políticas públicas é crucial para identificar tanto os avanços quanto as lacunas na proteção desses povos.

Será realizado um estudo da legislação específica sobre quilombos, abrangendo a Constituição Federal, o ADCT, decretos e leis pertinentes, avaliando seus avanços e os desafios enfrentados na implementação, especialmente no que tange à efetividade da proteção territorial e ambiental.

Diante disso, surge o seguinte problema de pesquisa: em que medida as legislações ambientais e as políticas públicas brasileiras garantem a democracia participativa e o direito socioambiental para as comunidades quilombolas costeiras, frente aos desafios impostos pelo racismo ambiental e às disputas por território e natureza? A relevância da questão reside na urgência de se debater a efetividade da democracia participativa e do Estado Socioambiental no Brasil, particularmente para os grupos mais vulnerabilizados. A pesquisa contribuirá para a compreensão dos desafios enfrentados por essas comunidades na garantia de seus direitos territoriais e ambientais, oferecendo subsídios para o aprimoramento de políticas públicas e da atuação jurídica. A escolha das comunidades quilombolas costeiras se justifica pela sua alta vulnerabilidade aos impactos relacionados a esses povos. Além disso, o trabalho torna-se necessário pela sua contribuição à teoria do Estado socioambiental, explorando a interação entre democracia participativa, direitos humanos e justiça ambiental.

Este trabalho, portanto, tem como objetivo principal analisar a efetividade da atuação do Direito e das políticas públicas brasileiras na garantia da democracia participativa e na formação de um Estado Socioambiental para as comunidades quilombolas costeiras, identificando as

manifestações do racismo ambiental e propondo reflexões sobre a responsabilidade Estatal na proteção Socioambiental. Ademais, pretende-se identificar os mecanismos jurídicos e sociais que podem fortalecer a proteção ambiental e territorial dessas comunidades, promovendo justiça e equidade na formulação de políticas públicas voltadas à sustentabilidade e à inclusão social.

Para tanto, a natureza predominante da pesquisa se baseia numa abordagem qualitativa, através da consulta de textos acadêmicos relevantes para o tema e de documentos fundamentais para aprofundamento. Os dados primários foram coletados por meio de pesquisa bibliográfica, bem como de artigos e, portanto, o estudo caracteriza-se como descritivo e exploratório, visando investigar a situação das vítimas de crimes ambientais e das pessoas que vivenciam as práticas do desenvolvimento ambiental.

Assim sendo, o trabalho está organizado em quatro seções que subsidiam a discussão central deste trabalho: no primeiro capítulo apresenta-se um panorama teórico e conceitual sobre quilombo, raça, e racismo; no segundo capítulo serão analisados o arcabouço jurídico brasileiro e a proteção dos direitos quilombolas, visando a uma melhor compreensão de sua possível aplicabilidade na realidade dos povos e comunidades tradicionais. Além de analisar o quanto as legislações contribuem para o desenvolvimento sustentável destas comunidades; no terceiro capítulo, abordam-se as disputas territoriais, os impactos ambientais e a luta quilombola nas zonas costeiras, concentrando-se nas diversas identificações e configurações geográficas pertinentes aos povos quilombos, e os impactos dos empreendimentos econômicos sobre essas comunidades, incluindo os efeitos das disputas territoriais; e por fim, no quarto capítulo, discute-se o dever de zelo do Estado e a efetivação do direito socioambiental.

2 RACISMO AMBIENTAL E AS COMUNIDADES QUILOMBOLAS: CONTEXTO E DESAFIOS

De início, o desenvolvimento sustentável é um modelo que procura integrar os aspectos ambientais, econômicos e sociais, procurando um equilíbrio entre a utilização dos recursos naturais, o crescimento econômico e a equidade social. Este modelo de desenvolvimento tem em conta tanto a qualidade de vida da geração atual como a qualidade de vida das gerações futuras no planejamento. Tendo em vista o desenvolvimento sustentável como princípio necessário para a boa existência do meio ambiente e para a vivência dos humanos que nele vivem, o qual se esforça por garantir um ambiente ecologicamente equilibrado, ao mesmo tempo que os recursos naturais são explorados para obter ganhos econômicos e crescimento social.

Portanto, participação social, dessa forma, desempenha um papel fundamental na questão do desenvolvimento sustentável, exercendo uma função essencial no desenrolar do processo

evolutivo democrático, onde se concretiza e materializa a necessidade crescente de participação popular como essência dos ideais da democracia.

2.1 Racismo Ambiental: Conceituação e Impactos em Comunidades Vulneráveis

A segunda metade do século XX foi marcada por importantes embates em torno de questões centrais relacionadas à luta pelos direitos civis. É nesse contexto que ganha força a discussão em torno do conceito de "racismo ambiental", tema que emerge a partir da constatação da insuficiência e do desmonte de políticas ambientais capazes de enfrentar os conflitos socioambientais, sobretudo, pelas comunidades afro-americanas. Essas populações reivindicavam não apenas seus direitos civis, mas também o reconhecimento de seus direitos ambientais, articulando uma militância por justiça socioambiental.

A abrangente questão, parte da pesquisa e fundamentação de Bullard, teórico e empírico nas pesquisas, um dos principais estudiosos do racismo ambiental. Robert D. Bullard é reconhecido por desenvolver uma abordagem histórica e crítica sobre a disposição desproporcional de rejeitos em territórios ocupados por comunidades étnicas nos EUA, apontando essa prática como uma das grandes problemáticas socioambientais da época. Embora a discussão tenha se originado nos EUA, ela rapidamente se espalhou por outros países na África e na Ásia, e consequentemente no Brasil. Portanto, para melhor compreensão do que é o racismo ambiental, Alfredo Seguel (2013, p. 01) o define:

O racismo ambiental é uma violação de direitos humanos e é “uma forma de discriminação causada por governos e políticas do setor privado, práticas, ações ou inações, que intencionalmente ou não, agredem o ambiente, a saúde, a biodiversidade, a economia local, a qualidade de vida e a segurança em comunidades, trabalhadores, grupos e indivíduos baseados em raça, classe, cor, gênero, casta, etnicidade e/ou sua origem nacional.

O estudo aprofundado por Bullard era motivado pela urgência diante da forma como os mecanismos legais das instituições estatais deixavam os grupos socialmente vulneráveis, principalmente os povos negros e indígenas. Além disso, a consolidação do capitalismo global intensifica essas desigualdades, pois torna recorrente a escolha de áreas de baixo valor econômico, as quais são habitadas por minorias étnicas, para a instalação de empreendimentos poluentes, considerando a frágil resistência política dessas comunidades (ACSELRAD, CAMPELLO e BEZERRA, 2009). Nesse sentido, podemos acrescentar a análise feita pela autora Tânia Pacheco que amplia a conceituação do racismo ambiental ao afirmar (2006, p. 10):

Chamamos de Racismo Ambiental às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma desproporcional sobre etnias vulnerabilizadas. [...] O racismo ambiental não se configura apenas através de ações que tenham uma intenção racista, mas igualmente através de ações que tenham impacto racial, não obstante a intenção que lhes tenha dado origem.

Sob esse aspecto, essa realidade possibilitou a distribuição desigual dos riscos socioambientais. Nessas áreas, a vulnerabilidade social e a ausência de mecanismos legais de proteção tornam mais evidentes as injustiças ambientais, favorecendo a imposição de impactos ambientais negativos sobre comunidades que, historicamente, têm menos acesso a recursos políticos, jurídicos e econômicos para contestar tais práticas.

O movimento de enfrentamento ao racismo ambiental encontra sérios obstáculos na resistência imposta pelo sistema jurídico, pelo aparato político e pelas complexas burocracias existentes. Esses entraves dificultam a efetivação de medidas concretas de justiça ambiental. Assim, mesmo diante de crescentes denúncias e mobilizações sociais, os processos de reconhecimento, responsabilização e reparação ainda enfrentam barreiras significativas das políticas estatais.

Ademais, é recorrente a ausência de representatividade das comunidades negras nos conselhos responsáveis pelo zoneamento urbano e pelo planejamento territorial. Em outras palavras, pessoas de cor, bem como as entidades que as representam, têm sido sistematicamente excluídas dos espaços formais de deliberação e tomada de decisão. Conforme aponta Bullard (BULLARD, 2001), mesmo quando há participação, esta frequentemente se limita a uma presença simbólica, sem efetiva influência nos rumos das políticas públicas.

A partir dessa análise, conclui-se que o racismo ambiental, enquanto expressão das desigualdades estruturais presentes nas relações entre raça, espaço e poder, revela como populações historicamente marginalizadas – especialmente negras, indígenas e outros grupos étnicos vulnerabilizados – continuam a suportar de forma desproporcional os impactos negativos de decisões políticas, econômicas e ambientais. A partir da contribuição teórica dos autores mencionados, evidencia-se que essa forma de injustiça transcende intenções explícitas, manifestando-se também por meio de omissões estatais. Nesse cenário, a luta por justiça ambiental impõe-se como uma urgência ética e política, exigindo não apenas o reconhecimento das desigualdades, mas também a efetiva inclusão das comunidades atingidas nos processos decisórios, bem como o fortalecimento de instrumentos legais protetivos e a reconfiguração das práticas de desenvolvimento que continuam a reproduzir lógicas de exclusão e invisibilidade.

2.2 Quilombos, Raça, Racismo e Território: Intersecções e Vulnerabilidades

Desde a Constituição de 1988, em seu artigo 68, dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a temática sobre a questão dos quilombos no Brasil é complexa e pertinente. Muitos pesquisadores têm debatido os problemas pertinentes que englobam os mecanismos jurídicos, sociais e legais da questão. Para tanto, as conclusões e argumentações são sustentadas a

partir de um viés histórico e, portanto, será necessário trazer contextos sociais e históricos nos quais essas populações estão inseridas, como por exemplo, as definições de quilombo, raça, racismo e território, de modo a aprofundar a compreensão sobre as dinâmicas que estruturam as comunidades quilombolas.

Historicamente, o termo “quilombo” na origem histórica do Brasil Colonial está diretamente associado à resistência de pessoas negras escravizadas contra o regime escravocrata. Na tradição africana, contudo, a palavra quilombo significa “povoação” ou “ajuntamento de pessoas”. No contexto brasileiro, os quilombos surgiram inicialmente como forma de resistência à escravização de povos africanos e afrodescendentes, sendo formados por pessoas escravizadas que fugiam do regime colonial e se organizavam em comunidades autônomas. Essas comunidades desenvolveram formas próprias de organização social, produção agrícola diversificada e práticas sustentáveis de uso da terra, características que as tornavam uma ameaça ao modelo de produção baseado no latifúndio e na exploração da mão de obra escrava.

Com o passar do tempo, as comunidades quilombolas tiveram origem a partir dos quilombos, pois estes eram locais que concentravam um grande número de negras e negros que se rebelaram contra o regime colonial. A Constituição de 1988 (art. 68 da ADCT), ampliou o reconhecimento dessas comunidades, passando a considerar como quilombola qualquer grupo remanescente de quilombo que ocupe determinada área tradicionalmente, desde que haja vínculo étnico-racial com os antigos quilombolas e formas próprias de organização social.

Paralelamente, partimos como eixo da reflexão crítica sobre o racismo, compreendido a partir da perspectiva da raça como um elemento estrutural e transversal nas dinâmicas de produção das desigualdades socioambientais

De acordo com Gonzalez (2018 pág.1), a ideia de raça é entendida como instrumento de classificação social que busca hierarquizar a sociedade por meio de características fenotípicas e não genotípicas. Nesse sentido, uma abrangente classificação é atribuída por meio de relações de poder na classificação e hierarquização dos corpos.

Esse deslocamento do conceito de raça para os domínios sociais e humanos não foi imparcial ou sem consequências, ao contrário, inaugurou uma nova lógica de organização social baseada na hierarquização. A partir daí, a raça passou a ser utilizada como critério de distinção e subordinação entre grupos, sustentada por uma pretensa cientificidade que se ancorava em traços fenotípicos e morfológicos — como cor da pele, estrutura óssea e traços faciais — para justificar desigualdades sociais, políticas e econômicas. Esse processo foi fundamental para a consolidação de regimes coloniais, escravistas e eurocêtricos, nos quais a racialização operava como um instrumento de poder e dominação.

A hierarquização da diversidade humana, constituiu um marco decisivo na construção do conceito de racismo, contribuindo, conseqüentemente, com a expansão capitalista. A partir da ideia central de Aníbal (QUIJANO, 2005), destaca-se a classificação hierárquica e social da população mundial, estruturada a partir da articulação simultânea de três dimensões fundamentais: o trabalho, o gênero e a raça, tornando, assim, tornando a raça um elemento indispensável para dominação instaurada a partir da modernidade colonial.

Os conceitos de “raça” e “racismo” não se encerraram com o fim do colonialismo ou com a abolição da escravidão. Pelo contrário, sua permanência revela a continuidade de uma lógica mais profunda e estrutural. Trata-se da persistência de estruturas de dominação que, mesmo após a independência política dos países latino-americanos e o término da escravidão, mantiveram — e ainda mantêm — a racialização como um mecanismo central de organização das desigualdades sociais, econômicas e simbólicas.

Ademais, a subordinação da natureza constitui uma das formas de dominação impostas pelo colonialismo. Este, por sua vez, reflete uma visão de mundo profundamente marcada pelo antropocentrismo ocidental, especialmente europeu, onde a ideia de “dominar a natureza” está intrinsecamente ligada ao controle de pessoas, particularmente daqueles pertencentes a grupos racializados. Nesse contexto, a exploração e o controle dos recursos naturais não apenas reforçam a desigualdade ambiental, mas também se entrelaçam com a opressão social e racial, evidenciando como o colonialismo se fundamenta em uma hierarquia de poder que exclui e marginaliza outros povos.

Dessa forma, o racismo se configura como uma das manifestações mais duradouras e estruturantes da modernidade colonial, moldando tanto as relações sociais quanto as instituições que compõem a sociedade. O racismo ambiental, por sua vez, não deve ser visto unicamente como uma questão de desigualdade no acesso ao ambiente, mas como um mecanismo persistente de reprodução de desigualdade, que organiza e controla o território ao mesmo tempo em que marginaliza determinados grupos. A conexão entre o racismo e o racismo ambiental se estabelece por meio de uma relação estreita entre o corpo e o espaço territorial, onde o corpo negro, torna-se, na prática, uma presença vulnerável, subordinada e delimitada pela lógica da colonização e da segregação.

3 O PAPEL DO DIREITO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS QUILOMBOLAS

3.1 Arcabouço Jurídico Brasileiro: Reconhecimento e Desafios na Titulação de Terras Quilombolas

Os quilombos, historicamente excluídos da proteção jurídica, só obtiveram foro de legalidade de suas terras um século após a abolição da escravidão, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O artigo 68 da Constituição, inserido nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), conferiu uma nova perspectiva ao Direito territorial das comunidades quilombolas, estabelecendo a seguinte disposição:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

O advento do artigo representou um marco jurídico ao reconhecer oficialmente o direito à posse das terras por essas comunidades, no entanto, o processo de efetivação desse direito tem sido desafiador e envolve debates complexos sobre sua plena concretização.

Quinze anos após a promulgação da Constituição, o Decreto nº 4.887/2003 veio regulamentar esse artigo, detalhando os princípios e os procedimentos administrativos necessários para a identificação, reconhecimento, delimitação e titulação das terras quilombolas. Em destaque, refere-se à definição do território quilombola, pela leitura dos artigos 1 e 2 e seus parágrafos, do Decreto 4887/03:

Art. 1º Os procedimentos administrativos para a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, serão procedidos de acordo com o estabelecido neste Decreto.

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Ademais, o Decreto reconhece a emergência, no cenário público, sobretudo nas últimas duas décadas, de um conjunto de pleitos apresentados por uma parcela da população que foi, desde a abolição do sistema escravista, invisibilizada e deixada à margem pelas políticas sociais.

Entre as conquistas mais importantes do Decreto nº 4.887/2003, destaca-se a consolidação de uma nova ordem legal para as comunidades quilombolas, que reconhece sua autonomia e direitos territoriais. Esse marco normativo tem paralelo com os direitos territoriais das comunidades indígenas, criando uma equivalência de valor entre os direitos dessas duas populações historicamente marginalizadas.

Uma das grandes inovações do Decreto foi a inclusão do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) no processo de identificação e titulação das terras quilombolas. A parceria do INCRA com a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, responsável por cuidar dos direitos étnicos e territoriais dessas comunidades, fortaleceu o processo administrativo e jurídico, garantindo maior suporte técnico e institucional para a efetivação das

políticas públicas voltadas para os quilombolas.

Em 2007 através do Decreto Federal nº. 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que “Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais”, os quilombolas foram reconhecidos como Povos e Comunidades Tradicionais.

É necessário também mencionar a Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 2002, que estabelece a obrigatoriedade da consulta prévia, livre e informada como instrumento de democracia participativa. No mesmo sentido, a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), adotada em 1992 sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU), reconhece a importância dos conhecimentos tradicionais e da participação efetiva das comunidades locais na conservação e no uso sustentável da biodiversidade. No plano interno, a Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, busca assegurar à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a proteção dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos, bem como o enfrentamento da discriminação e de todas as formas de intolerância étnico-racial.

Observa-se que houve um empenho, por meio da formulação e implementação de legislações voltadas para políticas públicas de inclusão social. O conjunto de documentos que compõem o corpo normativo que regulamenta o direito do povo quilombola no Brasil não foi construído sem luta. Contudo, pode-se dizer que houve avanços, mas com lapsos temporais na construção de leis e políticas públicas, manifestando a dificuldade e barreiras ao processo de reconhecimento legal dos povos e comunidades tradicionais.

3.2 A Convenção Nº 169 da Oit e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada Como Instrumento de Participação de Democracia Participativa

Com o propósito de promover o fortalecimento dos direitos civis e étnicos dos povos e comunidades tradicionais, o Brasil ratificou, em junho de 2002, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), instrumento internacional adotado em 1989. A adesão à referida Convenção foi formalizada por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, e constituiu um marco jurídico e político no processo de reconhecimento das especificidades culturais, sociais e territoriais desses povos, permitindo disciplinar uma nova relação do Estado com esses povos.

A Convenção nº 169 consagra, como princípio basilar, o direito à autodeterminação dos povos, reconhecendo a auto identificação étnica como critério essencial para o enquadramento de determinado grupo como povo indígena ou tribal. Entre os diversos direitos assegurados por esse instrumento destaca-se o direito à consulta prévia, livre e informada, a ser realizada sempre que

houver a previsão de medidas administrativas ou legislativas que possam afetar os modos de vida, territórios, culturas ou interesses desses povos. Nesse sentido, Silva (2017, p. 120) complementa:

A Convenção no 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (1989) - doravante Convenção 169-, ao revisar a Convenção no 107 (1957), inaugura o reconhecimento dos chamados “novos” direitos desses povos e comunidades. Agora não mais amparados na ótica paternalista e integracionista, mas no reconhecimento das diversidades étnico-culturais, autonomias e critério da autoatribuição - autorreconhecimento da identidade étnica ou tribal-, enfatizando os direitos territoriais e prevendo os direitos de participação, consulta e consentimento prévio, livre e informado. Avanços esses que foram corroborados com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de setembro de 2007. Assim como, com a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 14 de junho de 2016.

Para tanto, Sales (2015), reforça a temática:

Essa obrigação concretiza o fundamento da política geral da Convenção nº 169, concernente à participação dos povos indígenas e tribais nos processos de decisão do Estado. Esse dispositivo está orientado, portanto, para o exercício do direito à autodeterminação, e é por meio desse dever dos Estados que esses povos podem exercer suas escolhas.

A consulta prevista na Convenção nº 169 da OIT tem como premissa fundamental o reconhecimento da soberania dos povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais sobre sua própria existência, assegurando-lhes o direito de participar, de forma ativa e antecipada, das discussões e deliberações a respeito de quaisquer medidas externas que possam impactá-los. Tal consulta deve ser prévia pois deve ser imbuída de boa-fé (ser informada), adequada às circunstâncias, situada culturalmente e objetivada à busca de um acordo.

Trata-se de um processo que deve ser conduzido de forma informada, adaptada às especificidades socioculturais dos povos envolvidos e orientada à construção de consensos. O objetivo é possibilitar um diálogo real, no qual as partes estejam dispostas a revisar suas posições iniciais com vistas à obtenção da decisão mais plausível e adequada.

Assim, a consulta consiste em um dever do Estado e necessita ser de boa-fé e prévia às medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar a vida e os territórios dos povos indígenas, quilombolas e demais povos e comunidades tradicionais. Cabe, então, aos governos criar meios para que os povos indígenas e tribais possam participar das decisões e que permitam o desenvolvimento de suas iniciativas, devendo proporcionar-lhes os recursos necessários para este fim.

Embora o direito de consulta não tenha sido expressamente incorporado ao texto da Constituição brasileira de 1988, ele pode ser considerado decorrente do próprio sistema democrático e do reconhecimento dos povos tribais, com seus costumes, línguas, crenças e tradições.

A consulta prévia, nesse contexto, cumpre dupla função: por um lado, é um instrumento de

garantia dos direitos étnico-culturais dos povos indígenas e quilombolas; por outro, representa instrumento de democracia participativa, permitindo que essas comunidades sejam devidamente informadas sobre quaisquer medidas administrativas ou legislativas que possam afetá-las e que possam deliberar internamente.

Conforme aponta (SALES, 2015), a participação dos povos indígenas, tribais e tradicionais nos processos decisórios do Estado, por meio da consulta, configura-se como um verdadeiro princípio estruturante da aplicação da Convenção nº 169. Essa centralidade decorre não apenas das diversas menções expressas ao dever de consulta presentes no texto, mas também de sua vinculação direta ao princípio da autodeterminação dos povos, que representa o alicerce normativo e político. Nesse sentido, o direito à consulta não se apresenta como mera formalidade, mas como exigência lógica e inafastável para a efetivação dos direitos coletivos desses povos, especialmente no que tange à proteção de suas identidades, territórios e seus modos de vida.

Ao prever o instituto da consulta prévia, livre e informada, a Convenção nº 169 possibilitou a criação de mecanismos jurídicos concretos voltados à garantia da autodeterminação dos povos e comunidades tradicionais, assegurando-lhes o direito de serem ouvidos em relação a quaisquer medidas que possam afetar diretamente seus modos de vida, territórios e culturas. Entretanto, apesar de sua inegável relevância normativa e de seu impacto transformador na proteção dos direitos coletivos desses grupos, a efetividade da Convenção ainda enfrenta importantes limitações no contexto jurídico contemporâneo.

3.3 Políticas Públicas para Povos e Comunidades Tradicionais

As políticas públicas configuram-se como instrumentos político-jurídicos fundamentais para a concretização dos direitos sociais e para suprir as lacunas das leis. No contexto deste artigo, são compreendidas como ações, programas ou projetos formulados e implementados pelo Estado, com o objetivo de enfrentar, mitigar ou resolver questões reconhecidas como problemas públicos, sendo respostas institucionais construídas a partir de demandas sociais, que buscam promover a garantia de direitos.

Na busca por um aprofundamento e maior precisão na delimitação do conceito de políticas públicas, merece destaque a contribuição teórica de Maria Paula Dallari Bucci (2006):

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Diante desse aspecto, as políticas públicas voltadas às comunidades tradicionais, em especial às comunidades quilombolas, têm por objetivo o desenvolvimento sustentável desses povos. A finalidade principal é garantir o fortalecimento da identidade étnica, assegurar direitos fundamentais, como os direitos à terra, à cidadania, à saúde, à educação e à preservação ambiental, e respeitar as formas próprias de organização.

Com o intuito de enfrentar as históricas desigualdades sociais e étnico-raciais que marcam os territórios quilombolas, foi instituído, em 2004, o Programa Brasil Quilombola (PBQ), iniciativa que sistematizou ações governamentais voltadas à promoção da equidade e da inclusão desses povos. O programa está estruturado em quatro eixos principais: acesso à terra, infraestrutura e qualidade de vida, desenvolvimento local com inclusão produtiva, e garantia de direitos e cidadania. Cada um desses eixos visa responder a demandas concretas das comunidades, por meio de políticas que considerem o contexto específico de exclusão ao qual esses grupos foram submetidos.

Em 2007, o Programa de Aceleração do Crescimento Quilombola (PAC Quilombola), foi lançado como parte de um esforço para expandir o alcance das políticas públicas nas áreas de maior vulnerabilidade social. O PAC Quilombola buscou melhorar a infraestrutura básica das comunidades por meio da construção de estradas, do acesso a serviços de saúde e educação e da implementação de sistemas de abastecimento de água. Além disso, o programa contribuiu com iniciativas de regularização fundiária.

Outro marco importante foi a Portaria nº. 98/2007 da Fundação Cultural Palmares, que regulamentou o procedimento de certificação das comunidades remanescentes de quilombos. Tendo como viés o reconhecimento oficial da identidade quilombola, sendo esta uma condição essencial para o acesso a diversos programas governamentais, como aqueles voltados à regularização territorial, ao apoio à agricultura familiar e à promoção de práticas sustentáveis.

A Instrução Normativa nº. 57/2009 do INCRA, foi outro avanço significativo para as comunidades tradicionais que estabeleceu os trâmites administrativos para identificação, delimitação, demarcação, desintrusão e titulação das terras tradicionalmente ocupadas por comunidades quilombolas, garantindo o cumprimento do que estabelece o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988.

Ampliando ainda mais, foi a criação do Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais, por meio do Decreto nº. 8.750/2016, que instituiu um espaço formal de participação social com caráter consultivo. Trata-se de um instrumento de democratização das decisões estatais, que fortalece a autonomia e a autodeterminação dessas comunidades

Entretanto, é importante destacar que os avanços na efetivação dos direitos das

comunidades quilombolas são recentes e concentrados sobretudo a partir do início do século XXI. Antes da Constituição Federal de 1988, esses grupos eram praticamente invisíveis no ordenamento jurídico e nas legislações ambientais. Embora já existisse a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, foi apenas a partir da década de 1990 que as discussões ambientais ganharam força, impulsionadas por pressões internacionais e pelo crescente reconhecimento da necessidade de um desenvolvimento que concilie crescimento econômico, justiça social e preservação ambiental.

Apesar de avanços normativos e institucionais ao longo das últimas décadas, a temática das comunidades quilombolas ainda não ocupa, de maneira efetiva, o centro das preocupações das políticas públicas, persistindo inúmeros obstáculos à efetiva realização dos direitos desses povos. As transformações estruturais indispensáveis à garantia plena dos direitos territoriais dessas comunidades seguem sendo tratadas com insuficiente comprometimento político e administrativo.

4 DISPUTAS TERRITORIAIS, IMPACTOS AMBIENTAIS E A LUTA QUILOMBOLA NAS ZONAS COSTEIRAS

No Brasil, a questão das comunidades quilombolas historicamente foi negligenciada pela implementação de políticas públicas voltadas ao ordenamento territorial e à regularização fundiária. Tal omissão se articulou com o domínio de grupos economicamente privilegiados que, ao exercerem controle sobre o aparato estatal, alinharam as decisões políticas aos imperativos do capitalismo. Nesse cenário, perpetuou-se uma lógica de dominação que remonta ao período colonial, em evidente detrimento dos direitos e das demandas das minorias étnicas.

O processo de reconhecimento e titulação dos territórios quilombolas tem sido marcado por intensas disputas. Configura-se, assim, um cenário de permanente tensão e conflito, no qual, de um lado, situam-se as comunidades negras remanescentes de quilombos e os movimentos sociais de resistência; de outro, estão os entes federativos, órgãos da administração pública e demais atores sociais cujos interesses se sobrepõem aos direitos territoriais quilombolas.

Embora a promulgação do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) represente um marco jurídico significativo e tenha sido celebrada por diversos segmentos dos movimentos sociais vinculados à luta quilombola, sua efetivação prática permanece limitada. Na realidade concreta, a implementação desse dispositivo constitucional tem se mostrado insuficiente para atender aos pleitos das comunidades, uma vez que os procedimentos administrativos instaurados não têm resultado na titulação efetiva dos territórios tradicionalmente ocupados.

De acordo com Haesbaert (HAESBAERT, 2005), o conceito de territorialidade está profundamente vinculado às formas pelas quais os sujeitos sociais utilizam a terra, se organizam no

espaço e atribuem significado aos lugares que habitam. A territorialidade, portanto, não se resume à ocupação física de uma área, mas expressa práticas culturais, identidades coletivas e formas de resistência que configuram a dinâmica dos grupos sociais em seus territórios. Ainda, segundo o autor, o território deve ser compreendido como um espaço socialmente construído, resultado de relações de poder e dominação que se manifestam tanto em escalas locais quanto globais.

E nesse aspecto que os conflitos socioterritoriais e ambientais enfrentados pela comunidade quilombola, envolvem uma série de atores que exercem pressão sobre seu território. Entre eles estão empresas privadas, órgãos governamentais, organizações não governamentais e outros grupos de interesse.

As disputas permanentes travadas nos territórios por diferentes sujeitos sociais têm resultado em múltiplas tentativas de apropriação e controle dos recursos naturais ali existentes. Esse processo, motivado por interesses econômicos diversos, tem contribuído significativamente para a degradação ambiental de ecossistemas que servem de sustento e proteção às comunidades costeiras.

Os impactos negativos resultantes de determinadas atividades econômicas comprometem a reprodução social dos grupos que dependem diretamente dos recursos naturais para sua sobrevivência. À medida que esses recursos se tornam escassos, intensificam-se as disputas entre os diferentes sujeitos sociais que compartilham o território, refletindo as desigualdades inerentes à configuração do arranjo territorial. Nesse contexto, o espaço torna-se palco de conflitos.

Tais conflitos pressupõem, na maioria dos casos, situações de injustiça ambiental, que ocorrem quando há distribuição ou apropriação desigual dos custos e benefícios de um modelo de desenvolvimento, de modo mais amplo, ou de um determinado empreendimento.

Diversos são os empecilhos enfrentados pelas comunidades quilombolas. Estes, por sua vez, assentam-se nos conflitos decorrentes das distintas atividades exercidas pelos diversos sujeitos sociais que atuam sobre esses espaços. As disputas territoriais, que envolvem interesses econômicos, políticos e ambientais, atingem todos os grupos inseridos no território ou em suas áreas adjacentes, ainda que de forma diferenciada, revelando a complexidade e a amplitude dos embates pela apropriação e uso dos recursos naturais.

A permanência das comunidades quilombolas costeiras constitui um desafio significativo diante dos interesses de grupos que dependem dos recursos naturais ali existentes para fins econômicos. O modo de vida tradicional dessas populações, sustentado por práticas extrativistas e relações sustentáveis com o ambiente, entra em constante tensão com os projetos de desenvolvimento que visam à exploração intensiva desses territórios.

5 REFLEXÕES SOBRE A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO INSTRUMENTO DE

GARANTIA DOS DIREITOS QUILOMBOLAS

Os conflitos gerados nesse contexto estão profundamente associados à degradação ambiental provocada por empreendimentos econômicos que, frequentemente, contam com apoio estatal por meio de incentivos legais e fiscais, colocando em xeque o meio de sobrevivência das comunidades quilombolas.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 reafirma o princípio da cidadania e da democracia ao estabelecer que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Esse dispositivo constitucional revela que o fundamento do sistema democrático brasileiro vai além da simples delegação do poder por meio do voto, caracterizando-se também pela possibilidade de participação direta da sociedade, o que amplia os canais de controle social e de envolvimento cidadão nas decisões públicas.

No âmbito político, a participação democrática está diretamente ligada ao processo de tomada de decisões. Seu principal objetivo é incentivar o engajamento ativo da população na gestão pública, promovendo o acesso amplo e transparente às informações relativas ao meio ambiente. Além disso, essa participação se dá em cooperação com o Estado, buscando a construção conjunta de políticas que promovam o desenvolvimento sustentável, conciliando a preservação ambiental com o progresso socioeconômico.

Assim, a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado está condicionada à implementação de práticas que não apenas definam, mas também qualifiquem o desenvolvimento como verdadeiramente sustentável. Para que isso seja efetivo, é imprescindível que haja uma participação direta e ativa da sociedade, assegurando que as decisões relacionadas ao meio ambiente reflitam as necessidades e os anseios coletivos, promovendo um equilíbrio entre crescimento econômico, justiça social e preservação ambiental.

Para tanto, torna-se indispensável a implementação de mecanismos participativos que envolvam amplamente toda a sociedade. A democracia participativa, portanto, emerge como um instrumento fundamental para assegurar a efetiva inclusão da população nos processos decisórios relacionados às questões ambientais. Quando integrada aos princípios do desenvolvimento sustentável e da participação popular, a democracia participativa configura-se como um poderoso instrumento para a implementação de políticas socioambientais, em que se prioriza a consecução de um meio ambiente ecologicamente equilibrado

6 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIOAMBIENTAL

A responsabilidade jurídica do Estado diante dos danos socioambientais configura-se como

elemento central na formulação de uma política ambiental de equidade e efetividade. Nesse sentido, conforme José de Aguiar (DIAS, 1983), o silêncio ou a passividade do ente público, quando dele se exige atuação preventiva, implica responsabilização por negligência. Assim, a ausência de políticas eficazes de prevenção e resposta a danos ambientais compromete não apenas a justiça ambiental, mas o próprio Estado democrático que garante proteção a grupos vulnerabilizados, como as comunidades quilombolas.

No cenário ambiental, a responsabilidade estatal adquire contornos ainda mais sensíveis diante de tragédias que poderiam ser evitadas, como a degradação contínua dos ecossistemas e os impactos negativos de grandes empreendimentos sobre comunidades tradicionais. A omissão do Estado, seja pela ausência de fiscalização adequada, pela concessão de licenças de forma permissiva ou pela negligência em assegurar processos efetivos de participação popular, configura grave violação aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

A recorrência de denúncias relacionadas a violações socioambientais tem se intensificado nos últimos anos, evidenciando o agravamento de situações que afetam diretamente comunidades indígenas e quilombolas. Dados do Censo Demográfico de 2022, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apontam que esses grupos vêm sendo desproporcionalmente atingidos por eventos climáticos extremos e outros desastres ambientais. Isso porque tais comunidades não recebem a mesma atenção, os mesmos investimentos ou as mesmas medidas emergenciais destinadas às regiões urbanas ou economicamente estratégicas, aprofundando, assim, as desigualdades estruturais e o quadro de injustiça ambiental.

Outro aspecto que aprofunda a vulnerabilidade das comunidades tradicionais é a ausência de reconhecimento estatístico e nos instrumentos oficiais de planejamento ambiental e territorial do Estado. Conforme apontado pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC, 2022), grande parte dessas populações permanece invisível nos estudos de impacto ambiental e nos sistemas de informação que fundamentam políticas públicas. A não inclusão dessas comunidades em bancos de dados governamentais revela uma forma de exclusão, que, embora menos explícita, é igualmente danosa, pois impede o acesso a direitos e reforça a marginalização histórica desses grupos nos processos decisórios e na distribuição de recursos estatais.

Entretanto, a atuação do Estado diante das situações de risco socioambiental tem sido caracterizada por uma inaceitável inércia e evidente falta de planejamento estratégico. As comunidades quilombolas afetadas por eventos ambientais extremos, em sua maioria, não recebem apoio minimamente adequado, tampouco são previamente informadas sobre os riscos que ameaçam seus modos de vida e territórios. A inexistência de sistemas eficazes de alerta, proteção e resposta emergencial acarreta uma grave omissão estatal, que contribui para o aprofundamento do racismo

ambiental no contexto quilombola.

Santos e Araújo (2022) argumentam que a omissão do poder público diante de crises socioambientais que afetam comunidades tradicionais constitui uma grave violação de direitos humanos fundamentais, especialmente dos direitos à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Os autores apontam que a falta de respostas governamentais como as expostas representa uma clara violação dos direitos humanos, especialmente o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A negligência em atuar preventivamente, mesmo diante de evidências científicas claras, reforça a seletividade institucional no tratamento das populações atingidas.

Nesse contexto, a busca pela justiça socioambiental exige, de maneira fundamental, a responsabilização efetiva do Estado e a democratização dos processos de gestão ambiental. Ademais, torna-se evidente a carência de um planejamento ambiental articulado e de mecanismos de resposta por parte do Estado diante do previsível. A lentidão na liberação de recursos e a insuficiência da infraestrutura destinada ao atendimento das comunidades isoladas não são apenas falhas administrativas, mas a continuidade de um padrão histórico de negligência direcionada aos territórios periféricos e tradicionais. A exclusão sistemática dessas populações dos planos emergenciais e das políticas públicas convencionais reforça sua marginalização institucional e traduz uma afronta direta aos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade substantiva.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, as reflexões apresentadas para a análise da temática nos possibilitam compreender como o Racismo Ambiental está intrinsecamente articulado às estruturas de dominação impostas pela sociedade escravocrata e capitalista que permearam e permeiam como critério de hierarquização social e de distribuição desigual de direitos, recursos e garantias.

As lutas socioambientais vão além das discussões conceituais, exigindo uma análise crítica sobre a forma como se estruturam os processos de elaboração e implementação de políticas públicas ambientais, bem como os espaços de tomada de decisão.

É importante destacar que, os saberes tradicionais, os modos de vida e as especificidades culturais das comunidades quilombolas são desconsiderados pelo Estado, por empresas e até por diversas organizações sociais. Essa negligência resulta na formulação de projetos e políticas públicas que são pensados para as comunidades, e não com elas, ignorando sua voz, sua autonomia e sua própria forma de existência. Essa exclusão do processo decisório reforça práticas coloniais e viola princípios fundamentais da participação social, como o direito à consulta livre, prévia e

informada.

Nesse sentido, ao analisar os conflitos das comunidades quilombolas, a exemplo de minorias historicamente vulnerabilizadas e ausentes nas arenas responsáveis pela tomada de decisões, estas enfrentam um contexto de extrema vulnerabilidade devido à persistência do racismo ambiental e à falha na implementação de políticas públicas eficazes para sua proteção territorial e cultural. Apesar da existência de legislações ambientais e sociais, elas não garantem, na prática, a segurança jurídica, a proteção dos recursos naturais e a participação democrática plena desses povos. Esse cenário favorece a perpetuação de desigualdades estruturais, aprofundando os impactos socioambientais da expansão de empreendimentos econômicos que muitas vezes violam direitos fundamentais e comprometem a sustentabilidade dessas comunidades.

8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: O'DWYER, Eliane Catarino (Org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

ANJOS, Rafael Sanzio Araújo dos. *Territórios das comunidades remanescentes dos antigos quilombos no Brasil*. Brasília: Edição do autor, 1999.

BARBOSA, Aline Miranda; GÓMEZ, Jorge Ramón Montenegro. A territorialização do racismo ambiental em comunidades quilombolas do município de Seabra - Bahia. *Revista da ABPN*, [s. l.], v. 14, n. Ed. Especial Junho, p. 95-120, 2022.

CLEMENTE, Claudelir Correa; SILVA, José Carlos Gomes da. Dos quilombos à periferia: reflexões sobre territorialidades e sociabilidades negras urbanas na contemporaneidade. *Crítica e Sociedade: revista de cultura política*, Uberlândia, v. 4, n. 1, p. 86-106, jul. 2014. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/criticasociedade/article/view/26993>. Acesso em: 8 jul. 2025.

DOLNICAR, Sara. Identificando turistas com menores pegadas ambientais. *Diário de Turismo Sustentável*, v. 18. Escola de Gerenciamento e Marketing, Universidade de Wollongong, Wollongong, Austrália, 2010.

FERREIRA, Tiago. *O que foi o movimento de eugenia no Brasil: tão absurdo que é difícil acreditar*. Portal Geledés. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/eugenia-no-brasil-movimento-tao-absurdo-que-e-dificil-acreditar/>. Acesso em: 8 jul. 2025.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2022. Tradução de Eduardo Brandão.

MARTINS, Luciana Aparecida Ramos; NISHIJIMA, Toshio. Preservação ambiental e qualidade de vida em comunidades quilombolas. *Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental (REGET-CT/UFSM)*, Santa Maria, v. 1, n. 1, p. 59-69, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reget/article/view/2283/1387>. Acesso em: 8 jul. 2025.

PACHECO, Tania. *Desigualdade, injustiça ambiental e racismo: uma luta que transcende a cor*.

Combate Racismo Ambiental, 2007. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/textos-e-artigos/desigualdade-injustica-ambiental-e-racismo-uma-luta-que-transcende-a-cor/>. Acesso em: 8 jul. 2025.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. Prefácio: A Geografia do sistema mundo moderno colonial numa perspectiva subalterna. In: SANTOS, Renato Emerson dos. (Org). *Diversidade, espaço e relações étnico-raciais: o negro na Geografia do Brasil*. 3. Ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A Colonialidade do Saber: Eurocentrismo e Ciências Sociais: perspectivas latino-americanas*. San Pablo: CLACSO, 2005.

QUIJANO, Aníbal. O que é essa tal raça? In: SANTOS, Renato Emerson dos. (Org). *Diversidade, espaço e relações étnico-raciais: o negro na Geografia do Brasil*. 3. Ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

SANTOS, Alessandro de Oliveira dos; MASSOLA, Gustavo Martineli; SILVA, Luís Guilherme Galeão da; SVARTMAN, Bernardo Parodi. Racismo ambiental e lutas por reconhecimento dos povos de floresta da Amazônia. *Global Journal of Community Psychology Practice (GJCPP)*, v. 7, n. 1, 15 mar. 2016. Disponível em: <https://www.gjcpp.org/en/article.php?issue=21&article=117>. Acesso em: 8 jul. 2025.

SANTOS, Antônio Bispo dos. *Somos da terra*. PISEAGRAMA, Belo Horizonte, n. 12, p. 44-51, ago. 2018. Disponível em: <https://piseagrama.org/artigos/somos-da-terra/>. Acesso em: 8 jul. 2025.

SANTOS, Rosele Clairete dos; MENEGON, Mariane Roman. Legislação ambiental para as comunidades quilombolas. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 15, n. 37, p. 79-100, set./dez. 2020.

SILVA, André Ricardo Fonseca da. Políticas públicas para comunidades quilombolas: uma luta em construção. *Política & Trabalho: Revista de Ciências Sociais*, n. 48, p. 115-128, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/politicaetrabalho/article/download/27650/20480/98354>. Acesso em: 8 jul. 2025.

TERCEIRO, Abraão Martins. *Cartas de sensibilidade ambiental ao derramamento de óleo: uma análise no contexto da justiça ambiental*. 2014. 98 f. Dissertação (Mestrado em Gerenciamento Costeiro) – Programa de Pós-Graduação em Gerenciamento Costeiro, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2014.

ALVES, Fernando de Brito; SOUZA, Matheus Silveira de. *Democracia participativa: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular*. *Argumenta Journal Law*, n. 28, 2018.

AGENDA 2030 PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Carla Roberta Ferreira DESTRO¹
Valter Foletto SANTIN²

RESUMO

A pesquisa aborda a contribuição do Ministério Público na efetivação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU (ODS), a chamada Agenda 2030. Para tanto, tratou-se inicialmente do desenvolvimento humano, apartando-se os aspectos econômico, social e ambiental, corroborando que não há como dissociar tais conceitos se o objetivo global for a tutela de presente e futuras gerações. Os ODS, fundamentados nos elementos pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria, refletem os aspectos prioritários para o planeta até o ano de 2030. A Agenda foi aceita por todos os países membros da ONU, incluindo o Brasil que, assim como os demais, passa por problemas na implementação de alguns ODS, como o meio ambiente e o combate à pobreza. Como guardião da Constituição e responsável pela tutela dos interesses da coletividade, o Ministério Público demonstra grande vocação para viabilização das metas da Agenda, avultando-se sua atuação dialogada com a coletividade, compreendendo suas necessidades e intermediando soluções junto ao poder público. Na impossibilidade de vias alternativas para solução de conflitos, ponderou-se a utilização da ação civil pública e da ação penal. Concluiu-se pela necessidade e importância do Ministério Público, permitindo o atendimento dos direitos humanos e fundamentais, rumo ao atendimento da Agenda 2030 da ONU. A pesquisa utiliza o método de abordagem hipotético-dedutivo, a técnica de documentação indireta e, principalmente, a pesquisa bibliográfica, em livros e revistas especializadas, eletrônica, em material disponível no ambiente virtual, e documental, em legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Agenda 2030. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Meio Ambiente. Inclusão Social. Perspectiva de Gênero.

ABSTRACT

This research addresses the Public Prosecutor's Office's contribution to the implementation of the UN Sustainable Development Goals (SDGs), known as the 2030 Agenda. To this end, it initially addressed human development, separating economic, social, and environmental aspects, confirming that these concepts cannot be separated if the overall objective is to protect present and future generations. The SDGs, based on the elements of people, planet, prosperity, peace, and partnership, reflect the priority aspects for the planet by 2030. The Agenda has been accepted by all UN member countries, including Brazil, which, like the others, is experiencing challenges in implementing some SDGs, such as the environment and the fight against poverty. As guardian of the Constitution and

1 Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UENP. Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP. Possui Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Aperfeiçoamento em Compliance pela FGV. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Atualmente é Assessora Ministerial no Ministério Público do Mato Grosso e Professora Universitária do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos e Pessoa com Deficiência. Autora do livro: Pessoa com Deficiência: Direito à Acessibilidade, Cidadania e Inclusão à Luz da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth.

2 Professor de graduação e dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho, Paraná, Brasil). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos (Coimbra, Portugal). Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Procurador de Justiça em São Paulo. Atualmente é professor convidado da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso.

responsible for safeguarding the interests of the community, the Public Prosecutor's Office demonstrates a strong commitment to enabling the Agenda's goals, highlighting its dialogue with the community, understanding its needs, and mediating solutions with public authorities. Given the impossibility of alternative dispute resolution methods, consideration was given to the use of public civil action and criminal action. The conclusion reached was the need for and importance of the Public Prosecutor's Office, enabling the fulfillment of human and fundamental rights, toward meeting the UN 2030 Agenda. The research uses the hypothetical-deductive approach, the indirect documentation technique, and, primarily, bibliographic research (in books and specialized journals), electronic research (in online materials), and documentary research (in legislation).

KEYWORDS: Public Prosecutor's Office. 2030 Agenda. Sustainable Development Goals. Environment. Social Inclusion. Gender Perspective.

1 INTRODUÇÃO

A Segunda Guerra Mundial é considerada o marco principal para internacionalização dos direitos humanos. Antes dela, porém, há um processo histórico fundamental para reconhecimentos desses direitos. Quando se trata do desenvolvimento sustentável, hoje entendido como direito humano e fundamental, é necessário regressar ao processo de industrialização e da posterior luta por reconhecimento dos direitos sociais.

A preocupação com o desenvolvimento tem início com a modernização agrícola, tendo como objetivo inicial apenas o aspecto econômico, com aumento de produção, o baixo investimento e a utilização de mão-de-obra farta e miserável. O acúmulo de capital e meios de produção nas mãos de uma minoria, em conjunto com a ampliação das condições sub-humanas de vida, levou ao surgimento dos coletivos sociais, com nítido desígnio de atacar o sistema econômico que se formava.

No mesmo período ocorreu a Primeira Guerra Mundial, que dizimou quase 20 milhões de pessoas e deixou outros 20 milhões feridos, formou-se pela primeira vez a aliança entre países, objetivando a melhoria das condições sociais, combatendo, assim, os resultados da guerra e a miséria da população. Juntamente com o fim da guerra surge a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e se inicia a constitucionalização de direitos sociais, visando a melhor qualidade de vida.

A preocupação com o meio ambiente surge ao se verificar o crescimento exacerbado da produção, do consumo e do uso dos recursos naturais. A constatação foi naturalmente a de que, se o sistema produtivo não se transformasse, pouco restaria de vida na Terra. Assim, criou-se a conexão entre atividade econômica, vida digna e preservação do meio ambiente, somente possível mediante o desenvolvimento sustentável.

Após diversos documentos internacionais e metas globais chegou-se, em 2015, na Agenda 2030, fixando ambiciosos objetivos aos 193 países membros da Organização das Nações Unidas (ONU). A ideia foi envolver todos os poderes públicos e a coletividade na construção de uma nova sociedade, que respeita as pessoas e o meio ambiente, sem desconsiderar a necessidade de se buscar o desenvolvimento, chegando-se ao final a um sistema global sem fome, sem pobreza e vivendo em paz.

O trabalho se dividiu em três momentos, dedicando-se inicialmente a abordar os aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável. Posteriormente, analisou-se a Agenda 2030 e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, trazendo ao foco o processo global de consolidação dos objetivos. Por fim, avançou-se, na análise do órgão ministerial e seu papel como guardião constitucional, permitindo, assim, o auxílio direto na consolidação dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e das metas especificadas pela ONU.

O trabalho destacou a atuação do Ministério Público em temáticas importantes como o meio ambiente e a igualdade de gênero. Avaliou-se a atividade resolutiva extrajudicial, mediante a participação social e oitiva dos movimentos sociais, bem como o manejo, quando necessários da ação civil pública e ações penais.

A pesquisa utilizou o método de abordagem hipotético-dedutivo, o procedimento comparativo, a técnica de documentação indireta e, principalmente, a pesquisa bibliográfica, em livros e revistas especializadas, eletrônica, em material disponível no ambiente virtual, e documental, em legislação.

2 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, HUMANO E SUSTENTÁVEL

Antes de analisar especificamente a Agenda 2030, necessário se faz a compreensão do conceito e do conteúdo do desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento se atrelou inicialmente ao elemento “econômico”. Com a migração do sistema produtivo agrícola para o industrial, inicialmente ocorrido na Inglaterra, entre o final do séc. XVIII e início do séc. XIX, a burguesia, detentora do capital, passou a priorizar o aumento da produção, com o menor custo possível. Neste período se consolida a utilização das máquinas movidas a vapor, principalmente nas indústrias têxteis, que se alimentava da abundante mão-de-obra desempregada e miserável, que ocupava os centros urbanos em condições de extrema insalubridade, expulsas das antigas glebas feudais (Falcon; Moura, 1985; Hobsbawn, 1977a).

As longas jornadas de trabalho e a ausência de segurança na utilização das máquinas industriais, com o uso de crianças, idosos e mulheres grávidas, resultaram um número excessivo de mortes e mutilações, levando a sociedade trabalhadora da época a se organizar para exigir

transformações sociais e laborais, gerando um processo de luta pelo desenvolvimento “social”. Não é por acaso que neste período se fortalece a ciência da sociologia, com representantes importantes como Karl Marx, Max Weber e Émile Durkheim, cada um a seu modo avaliando e questionando a nova realidade social que se moldava pelo processo de industrialização (Lakatos; Marconi, 2022; Quintaneiro; Barbosa; Oliveira, 2009).

A produção de larga escala, com baixo custo e mão-de-obra explorada, desenhava o período formador do capitalismo, responsável por estimular o acúmulo de capital em uma pequena parcela da sociedade. Considera Iamamoto (2013, p. 330):

Sabemos que o capital é uma relação social por excelência que, na sua busca incessante de lucro, tende a expandir-se indefinidamente por meio da apropriação de trabalho não pago dos trabalhadores. Seu ciclo expansionista realiza-se por meio da ampliação da parcela do capital investida em meios de produção – capital constante – aumentando a produtividade do trabalho e reduzindo relativamente aquela investida em força de trabalho – capital variável. Outra condição e resultado contraditório desse mesmo processo é a ampliação da superpopulação relativa – ou população “sobrante” para as necessidades médias de valorização do capital –, fazendo crescer o desemprego e a precarização das relações de trabalho.

Esta realidade se expandiu para toda a Europa e migrou, ainda que tardiamente, para os países colonizados, como o Brasil, fazendo com que uma nova sociedade dividida entre poucos ricos e milhões de miseráveis se tornasse a característica principal dos lugares ainda em fase inicial de desenvolvimento (Hobsbawn, 1977b).

O período da industrialização passou a ser de lutas, ataques e destruição de fábricas e manifestações, mas pouco se evoluiu na consolidação dos direitos dos trabalhadores e no aspecto social. O foco das grandes potências, como Grã-Bretanha, França, Estados Unidos e Alemanha, estava no crescimento econômico e na conquista de novos territórios, principalmente no continente africano e asiático, gerando grande rivalidade entre as nações, o que resultou na Primeira Grande Guerra (1914-1919), ocasionando a destruição de cidades, a precarização das condições de vida e saúde e o saldo de vinte milhões de mortos (Hobsbawn, 1995). Não por menos foi cunhada de “guerra total”, pois, pela primeira vez na história, o cavalheirismo entre os rivais deixou de existir e os combates extrapolaram os campos de batalha e dizimaram cidades e a população civil (Botelho, 2024).

Com o final da Primeira Guerra, em 1919, dentre as providências e tratados, cria-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT), baseada na ideia de que a reconstrução e a paz só seriam possíveis com justiça social. Durante os primeiros 20 anos foram adotadas 67 convenções e 66 recomendações, abordando principalmente as condições de trabalho e a jornada laboral, neste momento de 8 horas diárias e 48 horas semanais (OIT, 2024). Em 1944 a Conferência de Filadélfia complementou as normativas da OIT (2024) com os seguintes princípios:

- O trabalho não é uma mercadoria.
- A liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante.
- A pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos.
- Todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm o direito de efectuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança económica e com oportunidades iguais.

A tentativa de pacificação pós-guerra não foi suficiente para impedir a eclosão da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), que definitivamente apresentou ao mundo a barbárie e a maldade humana, levando à morte de mais de 60 milhões de pessoas, sendo 40 milhões de civis (ONU News, 2021).

Com o final guerra, há a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, e a preocupação com o desenvolvimento social e a dignidade humana se consolidam como preocupação internacional, principalmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Dentre diversos direitos reconhecidamente humanos e universais, prescrevem os arts. 23.3 e 25.1 da Declaração (OHCHR, 2024; destaque nosso):

Artigo 23º, 3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma **existência conforme com a dignidade humana**, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social.

Artigo 25º, 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para **lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar**, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

É possível notar a preocupação com o desenvolvimento sadio das relações sociais, tendo como decorrência a responsabilização das nações e de particulares, principalmente aqueles diretamente relacionados com o setor econômico, pois, no sistema predominantemente capitalista, o enriquecimento se mostra intimamente conectado à pobreza. Não há mais como se admitir o crescimento econômico, inclusive em nível global, sem a preocupação com o desenvolvimento social.

Para Sen (2020, p. 18): “O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas”.

Em âmbito regional, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos promulgou em 1969 a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamado Pacto de San José da Costa Rica, no Brasil foi ratificada pelo Decreto Presidencial nº 678/1992, prevendo, no seu art. 26, o compromisso para o desenvolvimento progressivo, nos seguintes termos:

Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de **conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas**

econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (CIDH, 1969; destaque nosso).

Segundo Siqueira e Machado (2019, p. 68), a necessária conexão do desenvolvimento econômico ao social, focando-se no desenvolvimento humano, foi trabalhada inicialmente pela ONU na Resolução nº 2.626 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 24 de outubro de 1970, que determinou o desenvolvimento econômico e social como uma responsabilidade internacional, devendo-se preocupar com padrões mínimos de bem-estar dos indivíduos. Além disso, afirma que o desenvolvimento deve objetivar a melhoria constante e garantir vantagem para todos, se combatendo desigualdades e injustiças sociais (ONU Digital Library, 1970).

A irrefutável relação entre desenvolvimento econômico e social requer marcos de política integrados. Esses marcos devem reconhecer, explicitamente, a relação entre desenvolvimento e igualdade, bem como as relações entre políticas sociais (reforço mútuo entre diferentes políticas sociais, especialmente por meio de programas integrados de erradicação da pobreza) e políticas econômicas (ligações entre a macro e a microeconomia, com vistas a facilitar o desenvolvimento de pequenas empresas em setores dinâmicos) (Ocampo, 2004, p. 39).

Em sequência, em 1986 a ONU adotou a Declaração sobre os Direitos ao Desenvolvimento (Resolução 41/128), afirmando:

Reconhecendo que o **desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente**, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e **na distribuição justa dos benefícios** daí resultantes.

[...]

ARTIGO 1º

§1. O **direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável**, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

§2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à **soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais** (ACNUDH, 1986; destaque nosso).

Assim, a Declaração de 1986 deixou claro que todos os indivíduos possuem o direito ao desenvolvimento humano e a distribuição justa dos seus benefícios, colocando o ser humano no epicentro do direito ao desenvolvimento (Sarlet; Wedy, 2020).

Para Amartya Sen (2020, p. 16-17), o desenvolvimento humano requer o fim da pobreza, da tirania, da carência de oportunidades e da negligência dos serviços públicos. Para ele, a pobreza econômica rouba das pessoas a possibilidade de matar a fome, de acessar remédios, de morar adequadamente e de ter acesso à água e saneamento. “A violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários, e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade”.

O desenvolvimento econômico e social logo se atrelou ao desenvolvimento sustentável, com a necessária preocupação com o meio ambiente. Enfatizam Sarlet e Wedy (2020, p. 23) que o crescimento demográfico, produtivo e de consumo atingiram e causaram danos irreversíveis aos recursos naturais, de modo que se passou a exigir a regulação do crescimento, sob pena de colapso do planeta e da viabilidade da vida. A nova perspectiva de desenvolvimento deve ser atrelada ao equilíbrio ambiental, afastando-se “a noção antropocêntrica de que a natureza existe, apenas, para o uso humano”. Para Santos (2013, p. 91):

As forças progressistas, que antes eram vistas como “inimigas do desenvolvimento”, viram no *boom* dos recursos naturais a grande oportunidade para se libertarem desse fardo histórico, transformando o *boom* numa ocasião única para realizar políticas sociais e redistribuição do rendimento.

Barbieri (2020) destaca que o crescimento econômico se acentuou em todo o planeta após a Segunda Guerra, atingindo, inclusive, os países à época considerados subdesenvolvidos, principalmente com a oferta de insumos, que acabou por transformar as bases agrícolas e de mineração, em industrialização. A produção industrial em larga escala agravou os problemas ambientais, que extravasaram fronteiras e passaram a ser internacionais.

A poluição de rios internacionais, a chuva ácida provocada por emissões de gases em diversos países, a depleção da camada de ozônio, o aquecimento global e outros problemas dessa magnitude” demonstraram que era preciso “novos instrumentos de intervenção capazes de alcançar o espaço internacional (Barbieri, 2020, p. 21-22).

A tutela do meio ambiente se concretizou internacionalmente com a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (1972), realizada em Estocolmo, onde se originou o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) (ONU Brasil, 2023).

Posteriormente, em 1987, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, comandada por Gro Harlem Brundtland, elabora o Relatório Brundtland (também chamado de “Nosso Futuro Comum”), identificando a incompatibilidade entre desenvolvimento sustentável e o estilo consumista de vida, sendo necessário se pensar uma nova forma de interação entre a vida humana e o meio ambiente (CMMAD, 1991).

Segundo Martins e Santin (2024, p. 03-04):

A exploração secular do meio ambiente gera questionamentos globais acerca da possibilidade de se desenvolverem modelos econômicos que proporcionem a retomada da relação entre homem e natureza e que, ao mesmo tempo, promovam o progresso técnico e mercadológico. [...] Cumpre restabelecer o equilíbrio ético entre ser humano e natureza, consolidando o conceito de cooperação.

Segundo Barbieri (2020), ao analisar a tese de Ignacy Sanchs (1993), a sustentabilidade não pode se limitar ao estoque de recursos naturais e de capitais, devendo considerar simultaneamente as dimensões social (padrão de vida), econômica (gestão eficiente), ecológica (cuidados ao meio ambiente), espacial (equilíbrio urbana e rural), cultural (respeito à diversidade),

política (democracia) e institucional (cidadania, melhoria das instituições).

No caminho pelo desenvolvimento sustentável ocorre a Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - ECO-92, realizada no Rio de Janeiro. O foco de preocupação da ECO-92 foi o papel desempenhado pelos países desenvolvidos e em desenvolvimento na relação com o meio ambiente, conforme se verifica nos princípios 6 e 7 (ONU, 1992, p. 155, destaque nosso):

Princípio 6. A situação e necessidades especiais dos **países em desenvolvimento**, em particular dos países menos desenvolvidos relativo e daqueles ambientalmente mais vulneráveis, devem receber prioridade especial. Ações internacionais no campo do meio ambiente e do desenvolvimento devem, também, atender aos interesses e necessidades de todos os países.

Princípio 7. Os Estados devem cooperar, em um espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as distintas contribuições para a degradação ambiental global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os **países desenvolvidos** reconhecem a responsabilidade que tem na busca internacional do desenvolvimento sustentável, com vista das pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e das tecnologias e recursos financeiros que controlam.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 tutelou o meio ambiente ecologicamente equilibrado no seu art. 225, caput. Também se preocupou em destacá-lo no art. 170, ao tratar da livre iniciativa, desde que observada a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Por fim, temos o art. 3º, que afirma os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles, a construção de uma sociedade justa e igualitária, com erradicação da pobreza e das desigualdades sociais (Brasil, 1988).

Segundo Sarlet e Wedy (2020), se trata de um direito fundamental ao desenvolvimento, incluindo a sustentabilidade. O fundamento estaria no art. 5º, § 2º da CF/88, segundo o qual “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”. Assim,

[...] o constituinte adotou um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais (textura aberta dos direitos fundamentais), abrangendo, além daqueles expressamente previstos, os direitos fundamentais constantes fora do catálogo e em tratados internacionais e os não escritos, consagrando a teoria dos direitos implícitos e decorrentes, assim considerados os direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e os decorrentes do regime e dos princípios da Constituição (Cordeiro, 2012, p. 47).

Este também é o entendimento de Anjos Junior (2013, p. 268-269), considerando que o direito ao desenvolvimento não possui previsão expressa na Constituição de 1988, mas “o regime e os princípios por ela adotados, bem como os tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é parte, permitem concluir no sentido da sua integração ao direito positivo

brasileiro como um direito fundamental”.

O constituinte brasileiro destacou sua preocupação com as futuras gerações, impondo responsabilidade à toda a coletividade ao afirmar na parte final do art. 225, caput: “[...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (Brasil, 1988). Este aspecto também foi previsto no Relatório Brundtland (1991, p. 8-9):

[...] agimos como agimos porque podemos escapar impunes: as gerações futuras não votam, elas não possuem qualquer poder político ou financeiro; não têm como opor-se a nossas decisões. Mas os efeitos da dissipação atual estão rapidamente acabando com as opções das gerações futuras. Muitos dos responsáveis pelas decisões tomadas hoje estarão mortos antes que o planeta venha a sentir os efeitos mais sérios da chuva ácida, do aquecimento da Terra, da redução da camada de ozônio, da desertificação generalizada ou da extinção de espécies.

Há aqui a consolidação do princípio da solidariedade intergeracional, assegurando que a presente geração preserve o ambiente para que as próximas também possam usufruir dos recursos naturais de forma sustentável (Pinto, 2017).

A Conferência ECO-92 (1992, p. 154) também o destacou no seu princípio 3: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras”.

Portanto, o desenvolvimento sustentável deve ser encarado como um mecanismo envolvendo variáveis econômicas, sociais e ambientais, que permitam a redução da pobreza e a equidade socioambiental. Tais aspectos foram considerados na elaboração da Agenda 2030.

3 AGENDA 2030 E OS 17 OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável é, sem dúvida, o projeto mais ambicioso da ONU. Em setembro de 2015, líderes dos 193 países membros da ONU se reuniram em sua sede em Nova York, e assumiram o compromisso de erradicar a pobreza, proteger o planeta e garantir a paz e a prosperidade até o ano de 2030 (ONU Brasil, 2023). Com o lema de “não deixar ninguém para trás”, o encontro resultou na criação de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e em 169 metas integradas e indivisíveis (UNODC, 2024).

Os ODS se basearam nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), ou metas do milênio, que foram firmados em 2000, sendo eles: 1) acabar com a fome e a miséria; 2) oferecer educação básica de qualidade para todos; 3) promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar a saúde das gestantes; 6) combater a Aids, a malária e outras doenças; 7) garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; e, 8) estabelecer parcerias para o desenvolvimento (ODM Brasil, 2024).

No Brasil, a agenda de compromissos para cumprimento das metas do milênio se apresentou como um pacto entre o governo federal e os municípios para a execução de ações,

visando melhorar a vida da população, e perdurou de 2013 a 2016, quando foram substituídos pela Agenda 2030 (ODM Brasil, 2024).

Hoje os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) são: 1) erradicação da pobreza; 2) erradicação da fome; 3) saúde e bem-estar; 4) educação de qualidade; 5) igualdade de gênero; 6) água potável e saneamento; 7) energia acessível e limpa; 8) trabalho decente e crescimento econômico; 9) inovação e infraestrutura; 10) redução das desigualdades; 11) cidades e comunidades sustentáveis; 12) consumo e produção responsáveis; 13) ação contra a mudança global do clima; 14) vida na água; 15) vida terrestre; 16) paz, justiça e instituições eficazes; e, 17) parcerias e meios de implementação (ONU Brasil, 2015).

Para Barbieri (2020, p. 201) a Agenda expressa uma ambição desmedida ao embarcar no compromisso de que ninguém será abandonado:

Há algo de quixotesco nesse compromisso. É como sonhar o sonho impossível e tentar alcançar a estrela inalcançável, como diz a letra do musical ‘o homem de la Mancha’. Certamente muita gente ficará para trás. O que importa aqui é manifestar a ideia de que o desenvolvimento é um direito de todos e que todos devem se comprometer em tornar essa ideia uma realidade.

A Agenda 2030 se baseia em cinco grandes pilares, sendo eles: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria (ONU Brasil, 2015), nos seguintes termos:

Esta Agenda é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade. Ela também busca fortalecer a paz universal com mais liberdade. Reconhecemos que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável.

Portanto, há o reconhecimento da indissolubilidade existente entre os elementos econômico, social e ambiental, que, diante da sua magnitude, exigirão cooperação global. Por este motivo, a Agenda destaca que serão mobilizados mecanismos necessários “por meio de uma Parceria Global [...] com base num espírito de solidariedade global reforçada, concentrada em especial nas necessidades dos mais pobres e mais vulneráveis e com a participação de todos os países, todas as partes interessadas e todas as pessoas” (ONU Brasil, 2015).

Os ODS se dividem em 169 metas, sendo todas inseparáveis, de modo que as nações deverão se dedicar à implementação de todas elas, sem qualquer forma de distinção. Deste modo, é possível notar que os desafios serão diferentes entre os países signatários da Agenda. Não ignorando tal realidade, a Agenda destacou que:

22. Cada país enfrenta desafios específicos em sua busca do desenvolvimento sustentável. Os países mais vulneráveis e, em particular, os países africanos, **os países menos desenvolvidos**, os países em desenvolvimento sem litoral e os pequenos Estados insulares em desenvolvimento **merecem atenção especial**, assim como os países em situações de conflito e pós-conflito. Há também **sérios desafios em muitos países de renda média** (ONU Brasil, 2015; destaque nosso).

O Brasil se destaca por assentir metas audaciosas para cumprimento da Agenda, servindo

de exemplo o combate à fome (ODS 2). Segundo dados da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República de 2023 (Brasil, 2024a), 14,7 milhões de pessoas deixaram de passar fome no Brasil e a insegurança alimentar severa caiu para 2,5 milhões (de 8% para 1,2% da população). Os dados são considerados positivos, levando em consideração que o país voltou ao Mapa da Fome no triênio 2019-2021 e se manteve no triênio 2020-2022. Para deixar definitivamente o Mapa da Fome, o país precisa atingir o índice de subnutrição abaixo de 2,5%, encontrando-se hoje em 2,8% (em 2022 atingiu 4,2%).

Dentre os diversos programas voltados ao atendimento do ODS 2, o destaque está no “Fome Zero”, criado em 2003 e responsável em auxiliar o Brasil a sair do Mapa da Fome em 2014 (houve a redução de 82% dos casos de desnutrição). Em 2023, o programa se transformou em “Brasil sem Fome”, já com o objetivo de alcançar as metas do ODS 2, tendo como objetivo novamente retirar o país do Mapa da Fome, grave reflexo da pandemia de COVID-19. O “Brasil sem Fome” é composto de mais de 80 ações e programas, distribuídos entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o objetivo de aumentar a renda familiar e o acesso aos alimentos, a segurança alimentar e os programas sociais assistenciais de acesso à alimentação (Brasil, 2024b; Politize, 2024).

Os Estados e Municípios em situação de maior necessidade contam com o programa “Caravanas do Brasil sem Fome”, que adquirem produtos dos agricultores familiares locais e distribuem para a rede assistencial. A Caravana visitou os Estados de Alagoas e Pará e o número de agricultores fornecedores do programa chegou, em dezembro de 2023, a 44 mil. O volume de recursos mobilizados pelo programa cresceu de R\$ 90,3 milhões para R\$ 356,5 milhões no período (Brasil, 2024c).

Entre os Estados o Programa paulista “Bom Prato”, criado em 2000, é um bom exemplo de iniciativa para acesso à alimentação de qualidade, segura e de baixo custo. São “120 unidades instaladas no estado, sendo 75 fixas e 45 móveis distribuídas da seguinte forma: 24 na Capital; 19 na Região Metropolitana de São Paulo; 23 no Interior; e 09 no Litoral. Atualmente, são servidas 138 mil refeições por dia” (São Paulo, 2024).

Também no Estado de São Paulo, o Programa “Banco do Povo”, oferece microcrédito a pequenos empreendedores informais e formais, possuindo linhas de crédito específicas para mulheres e afro. O Programa visa estimular o empreendedorismo e reduzir a desigualdade social, gerando emprego e renda (São Paulo, 2024b).

Apesar dos esforços, segundo dados publicados em julho de 2024, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), “do total de 169 metas, o Brasil alcançou 14 e mostrou evolução positiva nos indicadores de 35. Outras 26 não mostraram evolução, 23 tiveram evolução

negativa e 71 metas não puderam ter seu progresso avaliado por indisponibilidade dos dados” (IPEA, 2024).

Os objetivos e metas destacados como prioridade pela ONU podem ser compreendidos como parte estruturante dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, se tratando, em grande medida, da efetivação de direitos sociais e coletivos, que dependem da implementação de políticas públicas, reduzindo a diferença social e se preocupando em conceder condições materiais para a vida digna e maior participação democrática.

De outra ponta, os direitos sociais são reconhecidamente cláusulas pétreas e possuem eficácia imediata (art. 5º, §1º e art. 60, §4º, IV, da CF/88). As políticas públicas devem ser disponibilizadas na melhor medida possível, atendendo a todos, sem qualquer discriminação, principalmente no sentido de consolidação da inclusão social (art. 3º, da CF/88).

Não há qualquer dúvida sobre a importância de se atingir as metas até o ano de 2030, o que gera inquietação é se tal objetivo será cumprido pelo país. Sendo assim, é interessante avaliar a contribuição do Ministério Público na busca deste resultado.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AGENDA 2030

A Constituição Federal de 1988 consolidou o papel do Ministério Público, conforme se tira do art. 127, definindo-o como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Brasil, 1988).

Pode-se dizer, em linhas gerais, que o Ministério Público deve orientar sua atuação para o equacionamento de três demandas básicas: a inclusão social, a ética nas relações públicas e a melhoria da qualidade de vida. A inclusão social, cuja preocupação premente radica-se na preservação da dignidade humana, não pode ser adequadamente enfocada fora da preocupação com a melhoria da qualidade de vida. Logo, mais do que moradia, educação, saúde e lazer, deve-se buscar a moradia em condições urbanas adequadas, com equipamentos de educação, saúde e lazer eficientes e integrados a um mesmo projeto urbanístico. Em suma, as preocupações de inclusão social de segmentos da sociedade não podem estar desatreladas de temas relacionados à qualidade de vida, em perspectiva global (Nunes Júnior, 2004, p. 24).

Assim, cabe ao Ministério Público zelar pelos direitos constitucionais, em destaque os direitos fundamentais sociais. Cabe a ele zelar, também, pelo exercício da cidadania e pela efetivação do princípio da dignidade humana (art. 1º, CF/88), bem como pelos direitos humanos decorrentes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil (art. 5º, §2º, CF/88).

Segundo defende Santin (2005, p. 212), “a condição de interesse difuso proporciona a possibilidade de atuação do Ministério Público no assunto, seja administrativamente, por contatos entre órgãos ou pelo inquérito civil, ou judicialmente, por meio de ação civil pública”.

Dentre as funções do órgão ministerial está a colaboração para implementação da Agenda

2030, representada em ações e políticas públicas para sua efetivação. Tanto o é que, em agosto de 2019, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e a ONU assinaram o “Pacto pela Implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no Poder Judiciário e Ministério Público”. O principal objetivo do Pacto foi a internalização e propagação dos ODS, possibilitando ações individuais e conjuntas para consecução das metas da Agenda 2030, nitidamente já pensando em implementação da ODS 17 (CNJ, 2019).

É possível destacar a importância do Ministério Público, de forma exemplificada, em três pontos da Agenda 2030, quais sejam, a tutela do meio ambiente (ODS 6, 13, 14 e 15), igualdade de gênero (ODS 5) e a busca pela paz, justiça e instituições eficazes (ODS 16).

Na temática ambiental, a competência ministerial é expressamente constitucional (art. 129, III, CF/88). Além da atuação dos órgãos estaduais e federais, o Conselho Nacional do Ministério Público também possui atuação relevante na elaboração de normativas de cunho nacional (Art. 130-A, §2º, II, CF/88). Para tanto, o CNMP possui a Comissão do Meio Ambiente, tornada definitiva em 2019, com o propósito de “consolidação e o aprimoramento da atuação dos órgãos do Ministério Público brasileiro na tutela do Meio Ambiente, repressiva e preventivamente, de modo a facilitar a integração e o desenvolvimento da instituição” (CNMP, 2024). A Comissão tem a função de elaborar estudos e direcionamentos, como por exemplo a importante publicação sobre desastres socioambientais e mudanças climáticas (CNMP, 2024). Segundo Lins e Balbi (2020, s.p.):

[...] Além de fixar prioridades – como a proteção de recursos hídricos, a persecução penal de crimes socioambientais – e formas de atuação – como o uso de TACs para cumprimento de lei que determinou substituição de lixões por aterros sanitários ou o encontro com movimentos sociais -, o CNMP também buscou instituir estruturas, nas unidades do MP, para a adoção de práticas ambientalmente adequadas e conscientização da população. Valorizou, na execução dessas políticas, a interlocução com a população local, o papel do MP de pressionar os poderes políticos e a mobilização de estruturas e ações compatíveis com tais objetivos.

No exercício desta defesa ambiental, assim como nos demais interesses da coletividade, a aproximação com a comunidade é essencial para compreensão das reais necessidades. Segundo ditame da Recomendação 61/2017 (CNMP, 2017), cabe ao Ministério Público:

Art. 1º A promoção de encontros com os movimentos sociais pelas unidades e ramos do Ministério Público Brasileiro, com objetivo de, notadamente: I – aproximar os membros do Ministério Público das demandas da sociedade por meio do diálogo aberto, informal, leal e transparente; II – identificar demandas e tendências na defesa dos Direitos Fundamentais; III – auxiliar os membros do Ministério Público a tomar conhecimento de eventuais ameaças a Direitos Fundamentais; IV – contribuir para o aprofundamento da democracia e da participação social, capacitação das lideranças dos movimentos sociais sobre os serviços prestados pelo MP na defesa dos direitos e sobre o modo de acessá-los; V – estabelecer as metas institucionais em temas de reconhecida relevância social, reunindo-se esforços orçamentários e estruturais, tais como comissões, grupos de trabalho, forças-tarefa e outros, a fim de garantir o alcance de resultados.

A oitiva da sociedade permite o direcionamento de ações judiciais e extrajudiciais, para

consolidação de direitos, como a preservação do meio ambiente, moradia, reforma agrária, defesa dos direitos de minorias, acesso à justiça, qualificação da prestação de serviços públicos essenciais, entre outros (CNMP, 2017).

Na busca da efetivação da tutela do meio ambiente, aqui em destaque, há ainda a Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2/2020. O documento refere-se à função ministerial como agente intermediário entre as demandas sociais e a atividade dos órgãos públicos no desenvolvimento de políticas públicas (CNMP, 2020). Assim, recomenda-se aos membros do Ministério Público realizarem o diálogo interinstitucional, inclusive com os órgãos fiscalizados (art. 4º). A atuação deverá ser rigorosa na determinação de prazos razoáveis ao órgão público (art. 5º, §3º). Espera-se a viabilização de políticas públicas, respeitando os aspectos da realidade social existente (CNMP, 2020).

No que se refere à ODS 16 (busca pela paz, justiça e instituições eficazes), diversas ações estão em desenvolvimento no Ministério Público. Segundo Moema Freire, Coordenadora da Unidade de Paz e Governança do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) no Brasil (CNMP, 2019):

Esse objetivo é um marco na agenda internacional do desenvolvimento e algo muito interessante para os atores do Sistema de Justiça, como o Ministério Público. Sem justiça e governança democrática, não há como caminhar rumo ao progresso. Por isso, é tão importante o engajamento de diferentes instituições, como o CNMP.

Dentre as medidas estimuladas visando o atingimento desta meta, estão aquelas relacionadas ao processo justo, célere e necessário, dando-se a devida atenção aos mecanismos extrajudiciais para solução dos conflitos e as alternativas ao encarceramento e ressocialização.

Netto, Monteschio e Iocohama (2019, p. 7) analisam a importância da justiça restaurativa como alternativa ao sistema punitivista, destacando que “reeducar e reinserir o agressor na sociedade, empoderar a vítima e, principalmente, proteger os direitos humanos constituem a finalidade da Justiça Restaurativa”, gerando “uma nova relação do homem com a sociedade, do indivíduo consigo mesmo”.

Os autores destacam, ainda, o projeto desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Paraná denominado centrais de medidas socialmente úteis (CEMSU):

Destaque-se que a aplicação de medidas socialmente úteis com enfoque restaurativo, em substituição à mera aplicação de prestação pecuniária e multa e de privação de liberdade, o objetivo principal do mencionado projeto do TJ/PR, já em funcionamento em diversas varas de Justiça, oferece um tipo de tratamento humanizado, no qual o ofensor ou criminoso é respeitado e tem a oportunidade de falar sobre os problemas que o levaram a delinquir, propiciando efeito educativo, prevenindo a reincidência (Netto; Monteschio; Iocohama, 2019, p. 16).

O CEMSU, segundo a sua justificativa, tem como foco a solução do problema de fundo

que deu causa ao cometimento da infração penal. “Tal circunstância cria situações jurídicas multifacetárias que envolvem matérias pertencentes à jurisdição extrapenal (familiar, civil, trabalhista, dentre outras), numa adequação em sintonia com a promoção da cultura da paz” (Netto; Monteschio; Iocohama, 2019, p. 17).

Outra medida é apresentada por Almeida e Abi-Eçab (2024, p. 185), que analisam o acordo de não persecução penal (ANPP), implementado pela Lei nº 13.964/2019 e objeto da Resolução do CNMP 181/2017, como mecanismo alternativo para a ação penal nos crimes ambientais, respeitados os requisitos legais, como o tempo de pena previsto para o delito em análise. Para os autores o protagonismo do autor do crime ambiental contribuiria com a pacificação social, fomentando o aprendizado e o senso de responsabilidade. Seria, ainda, um mecanismo mais célere, contribuindo para o fim da impunidade, contornando-se o frequente problema da demora nos processos penais.

Assim, percebe-se que o órgão ministerial assume uma importante atuação dialógica e extrajudicial, afastando-se da tradicional litigiosidade. A utilização de mecanismos como os termos de ajustamento de conduta, recomendações e acordos extrajudiciais permitem a resolução de demandas de maneira célere, respeitando as partes e garantindo a estabilidade social (Coelho; Kozicki, 2013).

Segundo Coelho e Kozicki (2013, p. 386), tal atuação “tem ganhado cada vez mais legitimação social, imprimindo ao Ministério Público um alto grau de respeitabilidade na comunidade em que atua, pois, a instituição ministerial é uma parceira da sociedade na resolução de seus problemas”.

Dentre os mecanismos extrajudiciais de atuação, destaca-se a instauração de inquérito civil, previsto no art. 129, III, da Constituição Federal e no art. 8º, §1º, da Lei nº 7347/85. O procedimento objetiva a investigação e colheita de provas em situações em que há lesão (ou risco de lesão) aos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 81, Lei nº 8078/90). Ao final do inquérito civil poderá o Ministério Público ajuizar ação civil pública ou negociar com a Administração e possíveis entes privados envolvidos no procedimento.

Há a preferência pela resolução extrajudicial, porém, ela pode não acontecer. Nestes casos, caberá ao órgão ministerial o manejo da ação civil pública (Lei nº 7347/85), ou de qualquer outra ação necessária para o deslinde da demanda (art. 83, Lei nº 8078/90), visando a responsabilização do agente, com a imposição de condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º), sem prejuízo de responsabilidade por danos morais e patrimoniais (art. 1º).

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2024) reforça que os ODS dialogam com as políticas e ações públicas locais e regionais, sendo necessária a atuação dos

governantes para mobilização e efetivação da Agenda. Assim, a omissão na implementação de programas e projetos voltados ao atendimento das metas veiculadas aos ODS, legitimam a atuação do órgão ministerial, reforçando o principal objetivo da ação civil pública, conforme previsão do art. 11.

Para tanto, o juízo não está restrito ao pedido realizado na peça inicial da ação civil pública, podendo determinar a medida que melhor atenda a necessidade concreta, bem como a imposição de multa diária, se esta for justificada, independentemente de requerimento do autor (Brasil, 1985). Trata-se de uma flexibilização ao princípio da congruência, atualmente previsto no art. 492 do Código de Processo Civil. Segundo Farqui (2019, s.p., destaque nosso):

[...] o juiz tem, nas ações civis públicas, mesmo que formulado pedido determinado, considerando a inafastável necessidade de **interpretar o pedido à luz do interesse que fundamenta a demanda** e diante do todo da postulação, maior liberdade quanto à **adoção das medidas que se mostrarem pertinentes à satisfação do direito**. Isto conduz não apenas à possibilidade já admitida legalmente (e antes analisada), de se adotar providência diversa da requerida nas sentenças (e decisões de mérito) que reconhecem a exigibilidade de obrigação de fazer, não fazer e dar, mas também à flexibilização do dever de congruência em relação à natureza do provimento jurisdicional e ao próprio pedido mediato, sempre que isto se fizer necessário para uma tutela justa e efetiva.

Percebe-se que o objeto da ação civil pública não será a efetivação de determinado ODS, o que seria impossível, diante da abrangência de cada objetivo. O órgão ministerial tratará de ações e projetos envolvendo políticas públicas destinadas a atingir determinada meta.

Como demonstrativo, destacaremos a cidade de São Paulo, que promulgou a Lei 16.817/2018, adotando a Agenda 2030 como diretriz para o desenvolvimento de políticas públicas municipais (São Paulo, 2018). Após estudos de viabilidade e necessidade, em 2021 ocorreu a publicação do Plano de Ação da Agenda 2030. O documento “reúne um conjunto de 135 metas e 545 indicadores no qual o poder público municipal e a sociedade civil comprometeram-se a implementar e monitorar ao longo dos próximos dez anos” (São Paulo, 2021). Caberá ao Ministério Público o monitoramento do Plano de Ação, surgindo a legitimidade para atuação em caso de ação ou omissão que fira os interesses da coletividade.

Nas ações penais, além das alternativas ao processo e a imposição de pena (ODS 16), se destaca os julgamentos com a perspectiva de gênero (ODS 5), principalmente nos processos envolvendo feminicídio e crimes sexuais, devendo existir abordagem diferenciada e, em muitas situações, interdisciplinar. Neste aspecto, há o Enunciado 21/2022, da Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID), parte do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE):

O Ministério Público deve pautar sua atuação com a perspectiva de gênero em todas as áreas em que tenha atribuição, em atenção à Convenção de Belém do Pará, à Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), bem como ao **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável - ODS 5 da Agenda 2030 da**

ONU, incentivando a utilização das “Diretrizes nacionais de investigação criminal com perspectiva de gênero”, da Conferência de Ministros de Justiça dos países ibero-americanos - COMJIB/EuroSocial, das “Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres”, da ONU Mulheres, da Recomendação nº 80, de 24 de março de 2021, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e do “Protocolo para julgamento com Perspectiva de Gênero”, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). (destaque nosso)

A Recomendação nº 80/2021 do CNMP também trata do assunto, reconhecendo a necessidade de aprimoramento de atuação do Ministério Público, propondo planejamentos estratégicos para se evitar processos discriminatórios e estereótipos de gênero, bem como a “capacitação envolvendo as Escolas dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, Centros de Apoio Operacional e outros órgãos internos com atribuição na formação continuada de membros e servidores” (CNMP, 2021).

Há, ainda, a Recomendação CN 02/2023, da Corregedoria Nacional do Ministério Público (CNMP, 2023), que, fazendo referência a tratados internacionais de direitos humanos e a ODS 5 da Agenda 2030 da ONU, propõe a modificação de “práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher” e que, no exercício das suas funções, “busquem assegurar atendimento que reflita materialmente o tratamento igualitário na temática de gênero”.

Destarte, percebe-se que a atuação do Ministério Público está diretamente atrelada aos objetivos da Agenda 2030, exatamente por se ele guardião da Constituição e dos interesses da coletividade, com a responsabilidade de agir na concessão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, possibilitando a inclusão social e o fim das desigualdades.

5 CONCLUSÃO

Diante da análise realizada, conclui-se que, para a Agenda 2030, o desenvolvimento sustentável deve ser encarado como um mecanismo envolvendo variáveis econômicas, sociais e ambientais, que permitam a redução da pobreza e a equidade socioambiental.

Assim sendo, a consolidação de direitos humanos e fundamentais são essenciais para que o Brasil atinja suas metas. Decorrencia disso será a necessária disponibilização de políticas públicas atendendo a todos, sem qualquer discriminação, principalmente no sentido de consolidação da inclusão social.

Ao analisar os objetivos para o desenvolvimento sustentável nota-se a complexidade e a grande pretensão da ONU, levando a uma inquietação global sobre o atingimento de tais metas. Esta aflição também atinge o Brasil, que, no momento de internalização da Agenda 2030, já cuidou de envolver instituições públicas, privadas e a coletividade, destacando-se o Ministério Público.

Após a Constituição Federal de 1988 o Ministério Público se consolidou como fiscalizador das normas constitucionais, atuando para sua efetivação de maneira independente e autônoma. Caberá ao órgão ministerial priorizar o diálogo interinstitucional, especialmente com os órgãos públicos, visando a implementação de políticas públicas, respeitando os limites existentes na realidade analisada.

A relação dialógica entre o órgão ministerial e a sociedade, destacando-se os movimentos sociais e representantes de categorias vulneráveis, demonstra-se como mecanismo de legitimação da atuação ministerial, na medida em que contribui para a compreensão da real necessidade social daquela comunidade.

O estudo reforça a importância da atuação extrajudicial do Ministério Público, com a utilização de termos de ajustamento de conduta, acordos extrajudiciais, recomendações e inquérito civis, facilitando a negociação e respeitando as particularidades da demanda em destaque, bem como, se necessário, a atividade judicial, mediante a utilização de ações cíveis e penais.

No que se refere ao objeto da ação civil pública, este não será a efetivação de determinado ODS, o que seria impossível, diante da abrangência de cada objetivo. O órgão ministerial tratará da fiscalização e consolidação de ações e projetos envolvendo políticas públicas destinadas a atingir determinada meta fixada pelos entes federados.

Por fim, percebe-se que a atuação do Ministério Público está diretamente atrelada aos objetivos da Agenda 2030, exatamente por se ele guardião da Constituição e dos interesses da coletividade, com a responsabilidade de agir na concessão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, possibilitando a inclusão social e o fim das desigualdades.

REFERÊNCIAS

ACNUDH. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986)**. Disponível em: <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Declaração-sobre-o-Direito-ao-Desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2025.

ALMEIDA, Saulo Jerônimo Leite Barbosa de; ABI-EÇAB, Pedro Colaneri. O Acordo de Não Persecução Penal como Ferramenta de Concretização da Justiça Restaurativa no Âmbito de Proteção ao Meio Ambiente: Uma Estruturação a Partir dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, v. 1, n. 94, p. 177-190, 11 mar. 2024.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento Sustentável**. Das origens à Agenda 2030. 4 reimp. Coleção Educação Ambiental. Petrópolis: Editora Vozes, 2020.

BOTELHO, José Francisco. A História da Primeira Guerra Mundial. **Super Interessante**. Disponível em: <https://super.abril.com.br/especiais/a-historia-da-primeira-guerra-mundial>. Acesso em: 01 jun. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 11 jun. 2025.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. **Brasil sem Fome**. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/acoes-e-programas/brasil-sem-fome>. Acesso em: 17 maio 2025.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. **Segunda Caravana Brasil Sem Fome chega ao Pará para implementar ações de erradicação da fome**. 17/04/2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/segunda-caravana-brasil-sem-fome-chega-ao-para-para-implementar-acoes-de-erradicacao-da-fome>. Acesso em: 17 maio 2025.

BRASIL. Secretaria de Comunicação Social. Presidência da República. **Mapa da Fome da ONU: insegurança alimentar severa cai 85% no Brasil em 2023**. 26/07/2024. Disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/assuntos/noticias/2024/07/mapa-da-fome-da-onu-inseguranca-alimentar-severa-cai-85-no-brasil-em-2023>. Acesso em: 17 maio 2025.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 26 jun. 2025.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 26 jun. 2025.

CMMAD. Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso Futuro Comum**. 2. ed. Editora da Fundação Getulio Vargas: Rio de Janeiro, RJ, 1991.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Pacto pela Implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no Poder Judiciário e Ministério Público**. 19 ago. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/578d5640079e4b7cca5497137149fa7f.pdf>. Acesso em: 17 maio 2025.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Comissão de Meio Ambiente**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-meio-ambiente/apresentacao>. Acesso em: 17 maio 2025.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Palestra aborda papel do MP na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU**. 22/8/19. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/12416-palestra-aborda-papel-do-mp-na-implementacao-dos-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu>. Acesso em: 17 maio 2025.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação nº 80, de 24 de março de 2021**. Dispõe sobre a necessidade de aprimoramento da atuação do Ministério Público no enfrentamento da violência de gênero e da violência institucional e dá outras providências. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/CDDF/Recomendao-n-80-de-24-de-marco-de-2021_1.pdf. Acesso em: 20 maio 2025.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2, de 18 de junho de 2020**. Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação nº 61, de 25 de julho de 2017**. Recomenda às unidades e aos ramos do Ministério Público brasileiro a realização de encontros com os movimentos sociais. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendação-061.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. Corregedoria Nacional do Ministério Público. **Recomendação CN 02, de 22 de março de 2023**. Recomenda adoção de medidas destinadas a assegurar a atuação da Instituição ministerial com perspectiva de gênero voltada a modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher, bem como assegurar materialmente na atuação do MP o tratamento igualitário na temática de gênero. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Corregedoria/Recomendacoes/Recomendação_CN_02-2023_-_perspectiva_de_genero.pdf. Acesso em: 20 maio 2025.

CNPG. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União. Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID). **Enunciado 21, de 30 de novembro de 2022**. Disponível em: https://cnpg.org.br/wp-content/uploads/2024/10/Enunciado_-_COPEVID_2.pdf. Acesso em: 20 maio 2025.

COELHO, Sérgio Reis Coelho; KOZICKI. O Ministério Público e as Políticas Públicas: Definindo a Agenda ou Implementando as Soluções? **Revista da AJURIS** – v. 40 – n. 130 – Junho 2013. pp. 373-394.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CORREIA, Mary Lúcia Andrade; DIAS, Eduardo Rocha. Desenvolvimento sustentável,

crescimento econômico e o princípio da solidariedade intergeracional na perspectiva da justiça ambiental. **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Macapá, n. 8, p. 63-80, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/view/2412/1484>. Acesso em: 20 maio 2025.

FALCON, Francisco e MOURA, Gerson. **A formação do mundo contemporâneo**. Contribuições em Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Campus, 1985. v. 9.

FARQUI, Thomaz Corrêa. **Princípio da Congruência e Ação Civil Pública**. PUC-SP. Disponível em: <https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-principio-da-congruencia.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2025.

HOBSBAWM, Eric J. **A Era dos Extremos: o breve século XX 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOBSBAWN, Eric J. **A Era das Revoluções: 1789-1848**. Tradução de Maria Tereza Lopes e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977a.

HOBSBAWN, Eric J. **A Era do Capital: 1848-1875**. Tradução de Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977b.

IAMAMOTO, Marilda Villela. O Brasil das desigualdades: “questão social”, trabalho e relações sociais. **SER social**, Brasília, v. 15, n. 33, p. 261-384, jul/dez 2013. Disponível em: <http://www.cressrn.org.br/files/arquivos/FaPa1Oy8kQ65voJ4T345.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2025.

INSTITUTO ECOBRASIL. **Nosso Futuro Comum - Relatório Brundtland**. Disponível em: http://www.ecobrasil.eco.br/site_content/30-categoria-conceitos/1003-nosso-futuro-comum-relatorio-brundtland. Acesso em: 20 maio 2025.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Ipea avalia desempenho do Brasil no cumprimento de metas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. 24/07/2024. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/15217-ipea-avalia-desempenho-do-brasil-no-cumprimento-de-metas-dos-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 17 jul. 2025.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia Geral**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

LINS, Rebeca Mathias; BALBI, Guilherme. Conselho Nacional do Ministério Público: Coordenador da Atuação Ambiental do Ministério Público Brasileiro? **ENAJUS 2020**. Disponível em: <https://www.enajus.org.br/anais/assets/papers/2020/sessao-08/4-conselho-nacional-do-ministerio-pu-blico-coordenador-da-atuac-a-o-ambiental-do-ministe-rio-pu-blico-brasileiro.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2025.

MARTINS, Lara Caxico; SANTIN, Valter Foletto. Aplicação da Ética da Alteridade ao Meio Ambiente. **Veredas do Direito**, v.21, e212572 – 2024. Disponível em: <https://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/2572/25679>. Acesso em: 30 jul. 2025.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NETTO, José Laurindo de Souza; MONTESCHIO, Horácio; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. A Central de Medidas Socialmente Úteis: Alternativas Penais com Enfoque Restaurativo Conforme a Agenda 2030. **Administração de Empresas em Revista**. v. 3 n. 17 (2019): julho-setembro. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/admrevista/article/view/21659/14949>. Acesso em: 17 jul. 2025.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Ministério Público e defesa da cidadania. In: PINSKY, Jaime (org.). **Práticas de cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004.

OCAMPO, José Antônio. Desenvolvimento Econômico e Inclusão Social. In: BID. Banco Interamericano de Desenvolvimento. **Inclusão Social e Desenvolvimento Econômico na América Latina**. Editoras BUVINIC, Mayra; MAZZA, Jacqueline; DEUTSCH, Ruthanne. Tradução de Hilda Maria L. P. Coelho. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington (EUA): BID, 2004.

ODM Brasil. **Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**. Disponível em: <http://www.odmbrasil.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2025.

OHCHR. The UN Human Rights Office protects. **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 15 jul. 2025.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **A OIT: origens, funcionamento e actividade**. Disponível em: <https://www.ilo.org/pt-pt>. Acesso em: 15 jul. 2025.

ONU. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Declaração do Rio de Janeiro. **Estudos Avançados** 6 (15), 1992. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/szzGBPjxPqnTsHsnMSxFWPL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 jul. 2025.

ONU Brasil. **Como as Nações Unidas apoiam os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 20 jul. 2025.

ONU Brasil. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2025.

ONU DIGITAL LIBRARY. **Estratégia de Desenvolvimento Internacional para a 2ª Década de Desenvolvimento das Nações Unidas (1970)**. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/201726?v=pdf>. Acesso em: 15 jun. 2025.

ONU News. Nações Unidas lembram os mortos da Segunda Guerra Mundial. **Assuntos da ONU**. 08 maio 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/05/1750022>. Acesso em: 02 jun. 2025.

PINTO, Denise Canêdo. Repensando a Suficiência da Alteridade na Garantia da Solidariedade Transgeracional do Meio Ambiente: da Necessidade de Políticas Públicas Efetivas. **Serviam Juris**. v.02, n.02, 2017.

POLITIZE. **Combate à fome no Brasil: Do Fome Zero ao Brasil sem Fome**. Disponível em:

<https://www.politize.com.br/direito-desenvolvimento/brasil-sem-fome/>. Acesso em: 17 maio 2025.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Unidade de Desenvolvimento Humano Brasil**. Disponível em: <https://www.undp.org/pt/brazil/desenvolvimento-humano>. Acesso em: 01 maio 2025.

QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. **Um Toque de Clássicos: Marx/Durkheim/Weber**. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SANTIN, Valter Foletto. Característica de Direito ou Interesse Difuso da Segurança Pública. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, v. 5, n. 5, p. 208–216, 2013. DOI: 10.35356/argumenta.v5i5.771. Disponível em: <https://periodicos.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/771>. Acesso em: 30 jul. 2025.

SANTOS, Boaventura de Souza. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de Souza; CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. 1 ed. 4 reimp. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

SÃO PAULO. **Banco do Povo**. Disponível em: <https://www.desenvolvimentoeconomico.sp.gov.br/programas/banco-do-povo-paulista/>. Acesso em: 17 maio 2025.

SÃO PAULO. **Programa Bom Prato**. Disponível em: <https://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/acoes-de-protecao-social/programa-bom-prato/>. Acesso em: 17 maio 2025.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.817, de 2 de fevereiro de 2018**. Adota a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU) como diretriz de políticas públicas em âmbito municipal, institui o Programa de sua implementação, autoriza a criação da Comissão Municipal para o Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030) e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16817-de-2-de-fevereiro-de-2018>. Acesso em: 17 maio 2025.

SÃO PAULO. **Plano de Ação Agenda 2030**. Cidade de São Paulo. Gestão Bruno Covas. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/governo/SEPEP/arquivos/plano-acao-agenda2030-final.pdf>. Acesso em: 17 maio 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. Algumas notas sobre o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável e a sua dimensão subjetiva e objetiva. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 3. p.20-39, 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIQUEIRA, Eva Cecília Trindade; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Direito ao Desenvolvimento: Agenda 2030 e a Efetivação do Objetivo Fundamental de Erradicação da Pobreza no Brasil. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas** | e-ISSN: 2525-9881 | Belém | v. 5 | n. 2 | p. 65 - 86 | Jul/Dez. 2019.

UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **A Agenda 2030 para o**

Desenvolvimento Sustentável. <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/embaixadores-da-juventude/conhea-mais/a-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentvel.html>. Acesso em: 15 jul. 2025.

AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UM OLHAR MÉDICO-JURÍDICO NO CENÁRIO BRASILEIRO

Paola Damo COMEL¹
Jamile Ma-Ya Xiang YU²
Cristiana MAGNI³

RESUMO

Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), de acordo com o Conselho Federal de Medicina (CFM), são desejos expressos pelo paciente sobre cuidados e tratamentos que deseja ou não receber caso fique incapaz de manifestar sua vontade, preservando sua decisão. Conjugando com o envelhecimento crescente da população e a instituição da Política Nacional dos Cuidados Paliativos (PNCP) em 2024, as DAV têm se destacado no âmbito do Direito e da Medicina, a merecer um olhar compartilhado. Esta pesquisa tem como objetivo analisar criticamente a compreensão e a aplicabilidade das DAV no Brasil a partir de uma perspectiva interdisciplinar, integrando os olhares sob os aspectos médico e jurídico. As reflexões resultantes evidenciam que, embora a PNCP e as normativas do Conselho Federal de Medicina (CFM) tenham avançado na consolidação das DAV como um instrumento válido de manifestação de vontade, a lacuna de uma legislação específica no âmbito do direito civil gera dúvidas e insegurança jurídica que impacta diretamente a prática clínica.

PALAVRAS-CHAVE: Diretivas Antecipadas de Vontade, Testamento Vital, Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

Advance Healthcare Directives (AHD), as defined by the Federal Council of Medicine (FCM), are a patient's expressed wishes regarding the care and treatments they do or do not want to receive if they become unable to express their will, thus preserving their autonomy. In light of an increasingly aging population and the establishment of the National Palliative Care Policy (NPCP) in 2024, AHDs have become a prominent topic in both Law and Medicine, deserving a comprehensive perspective. This literature review aims to critically analyze the understanding and applicability of AHDs in Brazil from an interdisciplinary viewpoint, integrating both medical and legal aspects. The findings of this review demonstrate that, while the NPCP and FCM regulations have progressed in consolidating AHDs as a valid instrument for expressing one's will, the lack of specific legislation in the realm of civil law creates legal uncertainty and insecurity that directly impacts clinical practice.

KEYWORDS: Advance Healthcare Directives (AHD), Living Will, Dignity of the Human Person.

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é elencada como um dos fundamentos basilares da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), nos termos de seu art. 1º, III.

1 Pós-graduanda em Desenvolvimento Comunitário, Universidade Estadual do Centro-Oeste (UNICENTRO). E-mail: pcomel@uepg.br

2 Pós-graduanda em Desenvolvimento Comunitário, Universidade Estadual do Centro-Oeste (UNICENTRO). E-mail: jamilexiang@gmail.com

3 Docente no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Comunitário, Universidade Estadual do Centro-Oeste (UNICENTRO). E-mail: crismagni@unicentro.br

Ensejando respeito “à condição mínima de existência humana”, trata de um valor absoluto e de um alicerce dos direitos humanos (Souto, 2019).

A norma constitucional, nesse passo, transmite “uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos humanos fundamentais. É ela que repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado” (Miranda, 1988).

Na mesma linha, tem-se que “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional” (Piovesan, 2018).

Ainda no âmbito constitucional, dispõe o artigo 194 sobre a seguridade social para assegurar os direitos relativos à saúde, além da previdência e assistência social, destacando-se, no artigo 196, que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A saúde, por sua vez, decorre da dignidade da pessoa humana e é tida como um dos direitos constitucionais de segunda dimensão de cunho positivo, pois se caracteriza por outorgar ao indivíduo o direito à prestação social pelo Estado (Sarlet, 2018).

Como um direito essencial para a manutenção da vida, o direito à saúde é fundamental para que a pessoa possa exercer com dignidade outros direitos fundamentais, como a igualdade e a liberdade (Granel, 2024).

Paralelamente a esta temática, muito tem se discutido acerca do envelhecimento da população. Segundo a Década do Envelhecimento Saudável: Plano de Ação 2021-2030, documento coordenado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), até 2030 o número de pessoas no mundo com 60 anos ou mais será 34% maior, aumentando de 1 bilhão de pessoas em 2019 para 1,4 bilhão. Para 2050, a projeção é que se chegue a 2,1 bilhões de pessoas idosas (OMS, 2020). No Brasil, a tendência segue a mesma linha ascendente, sendo que o Censo de 2022 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE indica que a população com mais de 65 anos cresceu 57,4% em 12 anos, demonstrando uma aceleração significativa. A projeção, ainda, é que o crescimento continue, sendo que se em 2022 existiam aproximadamente 28 milhões de pessoas idosas acima de 60 anos no Brasil, a estimativa é que chegue a 66,5 milhões em 2050 (IBGE, 2022).

Na linha de cuidados ao paciente, em 07 de maio de 2024, através da Portaria GM/MS nº 3.681, o Ministério da Saúde instituiu a Política Nacional de Cuidados Paliativos (PNCP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), onde se compreende como cuidados paliativos “as ações e os

serviços de saúde para alívio da dor, do sofrimento e de outros sintomas em pessoas que enfrentam doenças ou outras condições de saúde que ameaçam ou limitam a continuidade da vida”.

A instituição da Política Nacional de Cuidados Paliativos (PNCP) reacendeu a necessidade de olhar para o processo de fim de vida e de como o Brasil deve agir para que consiga fornecer um cuidado digno ao brasileiro. Em uma pesquisa sobre a qualidade no fim de vida, o Brasil ocupou a 79ª posição de um total de 81 países, sendo um dos piores lugares do mundo para se morrer (Finkelstein et al, 2022).

Na Medicina, os cuidados paliativos (CP) constituem uma abordagem que visa a promoção de qualidade de vida de pacientes e famílias que enfrentam problemas decorrentes de doenças ameaçadoras à continuidade da vida, visando alívio de sofrimento com tratamento da dor, sintomas físicos, espirituais e psicossociais (Periyakoil; Charles, 2023).

A abordagem dos CP não substitui os cuidados curativos, entretanto, orienta-se a mais precoce integração dos CP com o tratamento modificador de doenças. Por exemplo, mesmo que a pessoa esteja em tratamento através de quimioterapia, recomenda-se que esteja sendo acompanhada com cuidado paliativo (Collins et al., 2020). Vale apontar que a efetividade de um bom atendimento de cuidados paliativos necessita de uma equipe multidisciplinar composta por médicos, enfermeiros, assistentes sociais, psicólogos, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, fisioterapeutas, nutricionistas, entre outros profissionais, para fornecer um cuidado com qualidade (Hui ; Bruera, 2020).

No ano de 2025, no Brasil, em Salvador (BA), foi inaugurado o primeiro hospital de Cuidados Paliativos do Sistema Único de Saúde (SUS). O Hospital Mont Serrat busca oferecer um cuidado humanizado e integral da pessoa em fim de vida. Essa iniciativa abre portas para a humanização no cuidado, melhorias na formação e na educação de profissionais e da população, promovendo conhecimento e capacitação. Esse grande marco vai de encontro a um dos objetivos da PNCP de que é estimular a formação, educação continuada, valorização, provimento e gestão da força de trabalho em cuidados paliativos no âmbito SUS.

Dentro da PNCP, há referência ao respeito à autonomia do indivíduo, prevendo, no inciso XII, do art. 2º, que um dos princípios é a “observância à Diretiva Antecipada de vontade – DAV da pessoa cuidada”. No parágrafo 2º do referido artigo, a normativa afirma que a DAV “compreende o testamento vital ou outro documento em que haja registro expresso das preferências da pessoa” em condições irreversíveis ou terminais com relação a tratamentos e outros cuidados.

Entretanto, no Brasil, as DAV, não são conhecidas pela população, sendo que em uma pesquisa realizada por Gomes e colaboradores, 2018, dos 199 entrevistados, entre eles: 37% alunos de medicina, 33% acompanhantes de idosos em ambulatório de geriatria e 30% médicos e

professores, 78% responderam que não sabem o que são DAV.

Além disso, as DAV são amplamente vistas como Testamento Vital (TV), o que não é tecnicamente apropriado. As DAV são o gênero que representa mais de uma espécie de documento, englobando procuração para cuidados de saúde, diretivas para saúde mental, diretivas para demência, documentos de recusa terapêutica, diretivas para parada voluntária de comer e beber e, também o TV. Algumas, ainda, não são praticadas no Brasil (Wax et.al, 2018 e Dadalto et.al, 2013).

Devido à falta de conhecimento técnico para o debate sobre o tema e diante de divergências que dificultam a compreensão da população quanto aos termos, este texto visa apresentar o cenário sobre as DAV e sobre a sua errônea comparação com o TV.

METODOLOGIA

Esta pesquisa consiste em uma reflexão crítica de caráter interdisciplinar, articulando as áreas da medicina e do direito, tendo como base periódicos dos últimos 10 anos, consultados nas bases de dados Scielo e PubMed, complementarmente, documentos do Ministério da Saúde, dos últimos 10 anos e outros textos e livros complementares que contribuíram para o desenvolvimento do texto.

Longe de ser uma revisão sistemática ou integrativa, esta proposta foi desenvolvida como trabalho de conclusão de uma disciplina do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Comunitário da Universidade Estadual do Centro Oeste, estado do Paraná.

DESENVOLVIMENTO DO TEMA

A vida é uma sucessão de atos e fatos, previsíveis e imprevisíveis, enquanto a morte é um evento certo que, mais cedo ou mais tarde, chegará para todos. Se a vida é rotineiramente debatida sob vários aspectos, a morte ainda é um preconceito e muitas pessoas demonstram resistência em conversar e debater sobre ela.

Não se pode deixar de reconhecer que a morte e a finitude da vida “são tabus na sociedade brasileira, de forma que o próprio processo de finitude e a morte digna são invisibilizados e ignorados” (GONZAGA, 2024). Todavia, se a morte é certa e inevitável, é importante que seja objeto de mais reflexões, oportunizando que o processo seja visto de uma forma mais natural.

O avanço da medicina e o envelhecimento da população tem aumentado a probabilidade de se conviver por mais tempo com pessoas com doenças ou problemas de saúde irreversíveis e que dependem de cuidados paliativos, sendo que “a morte digna não é um direito próprio ou segregado do direito à vida, mas o último ato da vida e que, por consequência, só há direito à vida plena quando se exerce o direito à morte digna” (Gonzaga, 2024). Juntamente com a questão do

envelhecimento, que naturalmente enseja maiores problemas relacionados à saúde, também há pessoas mais jovens acometidas por doenças ou traumas graves sem perspectivas de cura e com impacto no seu tempo de sobrevivência.

Muito embora o assunto ainda seja um tabu, a discussão sobre a autonomia da vontade da pessoa no tocante a tratamentos e cuidados em casos de problemas de saúde incuráveis e em estágio terminativo de vida não é recente. No final da década de 1960, o termo *living will*, que pode ser traduzido como “vontade de viver”, teve origem nos Estados Unidos e significava um documento em que a pessoa poderia registrar o desejo de não receber intervenções médicas que mantivessem a vida. Em 1969, um modelo de testamento vital chegou a ser proposto para os casos de decisão sobre tratamentos em caso de terminalidade de vida (Dias, 2020).

No Brasil, embora sem tratar do tema de forma direta, a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, que instituiu o Sistema Único de Saúde - SUS, estabeleceu, em seu art. 7º, III, a “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” como um de seus princípios.

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução CFM nº 1995, de 09 de agosto de 2012, dispôs sobre as DAV no contexto da conduta médica dentro da ética, definindo-as como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (CFM, 2012). Nesta Resolução, nenhuma referência ao termo “testamento vital”. A Resolução contribuiu para confirmar a autonomia da pessoa para fazer valer a sua vontade diante de eventual situação de incapacidade de expressão quanto a tratamentos e cuidados relativos à saúde, indo ao encontro da norma basilar da CRFB no tocante à dignidade da pessoa humana.

Diante de um cenário de finitude e de preservação da autonomia, de acordo com o Conselho Federal de Medicina (CFM), diretivas antecipadas de vontade (DAV) são desejos expressos pelo paciente sobre cuidados e tratamentos que deseja ou não receber caso fique incapaz de manifestar sua vontade, preservando sua decisão. São consideradas fundamentais no planejamento de cuidados de saúde, utilizadas como recursos principais por equipes de CP. Além disso, buscam superar a visão biomédica, na qual a saúde do usuário é resumida em ausência de doença, para cuidar integralmente do indivíduo (Nogario et.al, 2020).

A PNCP faz referência expressa às DAV, consolidando que a vontade, no tocante aos cuidados e tratamentos que a pessoa quer ou não receber em caso de impossibilidade de se expressar, deve ser respeitada, possibilitando ao paciente impor limites razoáveis para procedimentos aos quais deseja ou não ser submetido em situação de fim de vida. Diante da perspectiva bioética, os profissionais da saúde podem estar diante de decisões conflitantes. Isso

pode acontecer quando há manifestação de desejos de não mais prosseguir com tratamentos que prolonguem a vida, “ em que devem considerar que viver é diferente de estar vivo” (Fusculim, 2021).

Segundo Beauchamp; Childress (2002), a autonomia é um dos quatro princípios da bioética. É somada à Justiça, Beneficência e à Não Maleficência, cuja hierarquização não existe entre eles. A autonomia está vinculada à dignidade humana, que se relaciona com o ato de entender que o outro é capaz de reconhecer o que é melhor para ele. Quando se trata de assistência médica, o consentimento informado pode ser traduzido como respeito à autonomia e é definido como autodeterminação sobre seu estado através de procedimentos e intervenções de forma consciente. Para isso o paciente deve ser informado sobre a intervenção com relação aos benefícios, malefícios e riscos.

Embora nesse estudo se tenha evidenciado o princípio da autonomia, os princípios da não maleficência e o da beneficência estão entrelaçados. Estes princípios se referem ao entendimento de que o médico não deve cometer atos que causem danos ao paciente, deve realizar intervenções que tragam benefícios, sejam estes emocionais ou físicos. Porém, apesar dos conceitos dos princípios estarem intimamente ligados, são distintos de forma que, evitar um dano nem sempre gera benefício. Já o princípio da justiça refere-se à relação profissional/paciente vinculada à questão social, equidade e, também, o direito de zelo no cuidado à saúde (Beuachamp; Childress, 2002).

Nos dias atuais, é mais clara a noção de que a manifestação acerca de que não sejam empregados meios de prolongamento de vida diante de situações irreversíveis, não se configura eutanásia ou suicídio assistido que são, em verdade, meios de se antecipar a morte e, por tal razão, vedados pela legislação brasileira. Todavia, nem todas as pessoas compreendem as diferenças entre tais termos, sendo relevante diferenciá-los para evitar distorções ou confusões.

A eutanásia é uma forma de abreviar a vida, favorecendo o óbito através de alguma ação ou omissão (Lima, 2022). A eutanásia por omissão seria a praticada de forma passiva, enquanto que a por ação seria a forma ativa, mas em ambas há a intenção de matar. A eutanásia tem como característica a morte “tecnicamente rápida, suave e indolor”, sendo que “a forma passiva seria contraintuitiva, pois violaria essas características” (Floriani, 2021).

A distanásia é o prolongamento exagerado ao paciente terminal através de tratamento inútil. O suicídio assistido, por sua vez, é a retirada da própria vida pelo paciente através de auxílio ou assistência de terceiro. Já a ortotanásia ocorre quando a postura do médico é de garantir mais conforto ao paciente e possibilita que o falecimento se dê de forma mais tranquila (Lima, 2022).

A eutanásia e o suicídio assistido, nos países que as admitem, já tem sido contempladas para casos de sofrimento psicológico ou existencial, não se restringido a doenças físicas avançadas

(Floriani, 2021)

O direito de morrer com dignidade, que fundamenta as DAV, não implica em antecipar a morte, mas oportunizar que a pessoa possa escolher em que medida quer receber cuidados e tratamentos no fim de sua vida, seja na velhice, seja em momento anterior. Não se trata, pois, somente de pessoa idosa, mas de expressão da vontade para quando a vida estiver chegando ao fim, independente da idade.

Sendo uma pessoa maior de 18 anos e civilmente capaz, poderá manifestar de forma antecipada sua vontade para que a mesma seja respeitada quando do final de sua vida caso não possa exprimi-la e desde que não viole alguma norma do ordenamento jurídico brasileiro.

O inciso XII, do art. 2º, da PNCP, estabelece como um dos princípios a “observância à Diretiva Antecipada de vontade – DAV da pessoa cuidada”. No parágrafo 2º do referido artigo, a normativa afirma que a DAV “compreende o testamento vital ou outro documento em que haja registro expresso das preferências da pessoa” em condições irreversíveis ou terminais com relação a tratamentos e outros cuidados.

Interpretando a PNCP, extrai-se que a DAV seria um gênero da qual o TV seria espécie, ou seja, a DAV pode consistir em TV ou em outro documento. Todavia, DAV e TV muitas vezes são tratadas como sinônimos, havendo uma certa confusão conceitual e um desconhecimento acerca do sentido, finalidade e forma.

Silva, 2021, traz que as DAV têm como objetivo a proteção da autodeterminação e da autonomia do paciente, que indica tratamentos que deseja ou não deseja ser submetido em caso de doença grave e inconsciência. Um pouco mais abrangente, para Borges, 2024, as DAV são tidas como um meio de garantir os “desejos e valores individuais sejam respeitados”, oportunizando que uma pessoa exponha suas preferências para que sejam levadas em consideração quando for preciso.

Há também quem trate os dois termos de forma equivalente. Em um estudo sobre o percurso histórico, muito embora inicialmente haja afirmação de que TV seria uma espécie de DAV, afirma-se que as “DAV, ou, como está sendo conhecido no Brasil, o testamento vital”, como se sinônimos fossem (Monteiro, 2019). No mesmo sentido, o reconhecimento de que as DAV seriam amplamente conhecidas como TV no Brasil (Borges, 2024).

Entende-se, igualmente, que DAV seria o documento que expressa a vontade no tocante a espécies de tratamento que o paciente quer receber no estágio terminal de vida, feito com lucidez mental e autonomia, sendo “conhecido como testamento vital”, havendo referência de que o estudo se utilizou do termo “testamento vital” como termo equivalente a “diretivas antecipadas de vontade” do paciente (Moreira, 2017).

Para Lima, 2022, DAV é definida como “instruções escritas nas quais a pessoa, de maneira livre e esclarecida, expõe suas vontades e posicionamento, com a finalidade de guiar futuras decisões relacionadas à sua saúde”. Haveriam dois tipos de DAV: mandato duradouro e testamento vital, consistindo o primeiro na nomeação de uma pessoa de confiança para tomar as decisões sobre os cuidados de sua saúde quando ficar incapaz e, o segundo, na definição pela própria pessoa do tipo de procedimento médico que deseja receber se seu quadro clínico for irreversível ou não tiver condições de decidir.

No mesmo sentido, o TV seria uma espécie de DAV, consistente em um documento de manifestação de vontade feito por pessoa capaz para declarar como se deve proceder em caso de diminuição da sua capacidade ou da sua impossibilidade de se expressar. Além do TV, o mandato duradouro seria a outra espécie de DAV (Lopes, 2025).

Fazendo outra diferenciação, a DAV *lato sensu* incluiriam duas espécies, quais sejam, a DAV *stricto sensu* e a Diretiva de Curatela. A DAV *stricto sensu*, como manifestação de vontade acerca de questões existenciais relativas à vida e ao cadáver, abrangeria o TV, “a procuração para cuidados de saúde e outras disposições concernentes ao futuro da vida e do cadáver no caso de perda da aptidão do autogoverno”. O TV, também chamado de testamento biológico, seria entendido como a manifestação da vontade acerca dos procedimentos médicos a serem adotados em caso de doença gravíssima que retire a lucidez. A procuração para cuidados de saúde, consistiria na indicação de terceira pessoa para tomar decisões sobre os tratamentos em casos de perda de lucidez da pessoa, ou seja, não haveria manifestação direta de vontade própria, mas delegação de poderes a terceiro (Oliveira, 2023).

No tocante a forma, a manifestação de vontade sobre a DAV pode ser verbal ou escrita, não havendo previsão legal de alguma específica para que se tenha validade. Quando a própria pessoa manifesta verbalmente sua vontade diretamente ao médico, a orientação do Conselho Federal de Medicina, conforme § 4º do art. 2º da Resolução 1.995/2012, é que o mesmo registre no prontuário do paciente o conteúdo do que o mesmo lhe comunicou. Todavia, nem sempre tal situação é possível, pois pode acontecer da pessoa chegar ao hospital já em estado de inconsciência e incapaz de se expressar.

Como inúmeras situações podem trazer especificidades e mesmo que não se possa afirmar qual forma, escrita ou verbal, seria mais compreendida e passível de ser cumprida, tem-se que a escrita serviria mais como prova e para “garantir a segurança jurídica a quem aplica as diretivas do que a propriamente estabelecer com precisão a vontade do paciente” (Pitelli, 2020). Inobstante tal entendimento, não se pode deixar de reconhecer que a forma escrita pode ser inacessível para um número maior de pessoas.

A forma escrita pode se dar através de documento público ou particular. A manifestação da vontade através de instrumento particular não apresenta maiores formalidades, bastando que seja datada e assinada. A DAV por instrumento público é feita através de Tabelionato de Notas, trazendo publicidade para terceiros, facilitando seu acesso e dificultando eventuais questionamentos em razão da formalidade que cerca a lavratura do documento público. O Provimento nº 18, de 28 de agosto de 2012, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou e regulamentou a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados -CENSEC, integrada por todos os tabeliães do Brasil que praticam atos notariais. Seu objetivo era “o gerenciamento de um amplo banco de dados, que contém informações diversas e unificadas sobre testamentos, procurações e escritura públicas realizados em todos os Tabelionatos de Notas brasileiros” (CNJ, 2012). Na sequência, o Provimento foi revogado em razão da normativa ter sido inserida no Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra) no qual, no Capítulo I, Seção I, art. 264, trata da corroboração entre os Tabelionatos de Notas com o CENSEC. Muito embora através do CENSEC não se tenha acesso ao conteúdo de tais atos, em razão da garantia do sigilo e privacidade, o mesmo indica a existência do documento e em qual serventia foi realizado, facilitando o conhecimento e acesso. Independente da forma da manifestação da vontade, qualquer DAV pode ser alterada ou revogada caso a pessoa declarante mude de ideia. Se a vida é dinâmica, assim também a DAV.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos conceitos apresentados, é possível sugerir que DAV e TV não são sinônimos, pois a primeira é o gênero do qual o segundo é espécie. A DAV, como gênero, compreende todos os desejos sobre cuidados e tratamentos que envolvem o processo de morte e, posteriormente, o cadáver. No tocante aos tratamentos médicos, se a própria pessoa manifestar sua vontade indicando quais aceita e/ou quais recusa, o fará através de TV. Sendo assim, o TV é uma das formas de DAV, consistindo na manifestação da vontade sobre tratamentos médicos que se quer, ou não, receber caso não possa se expressar no momento da morte.

Muito embora o tema seja relevante, falar sobre a morte ainda é um preconceito generalizado, dificultando o conhecimento acerca da DAV e de todos os benefícios que pode trazer. A conversa sobre o fim da vida não deveria se dar somente no momento de algum trauma irreversível, de uma doença incurável ou da idade avançada, mas fazer parte dos diálogos cotidianos como algo natural, que irá ocorrer forçosamente mais cedo ou mais tarde. Se a aplicação das DAV ocorre no fim da vida, a sua compreensão e elaboração se dá em momento anterior, quando a pessoa está em plenas condições de tomar decisões. Traz a oportunidade de exercer a autonomia de vontade

e expressar quais seus desejos em relação ao seu fim de vida e, no momento oportuno, orienta a atuação do médico responsável.

Sob outro aspecto, quando a morte se aproxima ou até mesmo quando ela chega de forma abrupta, a DAV, seja através de TV ou outro documento, pode trazer o alento e o conforto para aquele familiar ou pessoa próxima que precisa tomar a decisão sobre cuidados e tratamentos. Saber que está decidindo conforme a vontade do ente querido que já não tem mais capacidade de se expressar, conforta e traz paz.

O presente texto, ao refletir de forma interdisciplinar o cenário da DAV no Brasil, demonstra a urgência de uma abordagem mais integrada e consciente sobre o tema. A falta de cultura e o desconhecimento da população, somados à confusão conceitual entre DAV e Testamento Vital (TV), criam uma barreira significativa para a efetivação da autonomia do paciente no fim de vida.

Evidências denotam que, embora a PNCP e as normativas do Conselho Federal de Medicina (CFM) tenham avançado na consolidação da DAV como um instrumento válido, a lacuna de uma legislação específica no âmbito do direito gera uma insegurança jurídica que impacta diretamente a prática clínica. A autonomia do paciente, assegurada na bioética e na CRFB/88, requer um entendimento unificado, onde o olhar médico e o olhar jurídico se complementam para garantir um cuidado digno e centrado na pessoa, indo além do prolongamento da vida a qualquer custo.

Em face do avanço do envelhecimento populacional e da crescente prevalência de doenças crônicas, torna-se imperativo que a sociedade e as autoridades brasileiras promovam o debate sobre o planejamento antecipado de cuidados. Sugere-se que futuras pesquisas e políticas públicas se concentrem em ações de educação e conscientização, direcionadas tanto à população quanto aos profissionais. A criação de uma legislação específica, que harmonize as perspectivas médica e jurídica, é o próximo passo para conferir maior segurança e eficácia à DAV, permitindo que a dignidade no processo de morrer seja uma realidade para todos os brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALFEU, Breno Silveira Moura; BRANCO, Fernanda Leontsinis Carvalho. Diretivas antecipadas de vontade: avanços, retrocessos e possibilidades da autonomia volitiva no direito brasileiro. **CONPEDI LAW REVIEW**, v. 7, n. 1, p. 110-130, jan./jun. 2021.

BEUACHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

BORGES, Lizandra Saraiva; LIMA, Maria Juliana Vieira. Diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos: percepção brasileira. **Revista Bioética**, v. 32, 2024. Disponível em:

<http://dx.doi.org/10.1590/1983-803420243636PT>. Acesso em: 10 jan. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação do IBGE (2022). Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html>. Acesso em: 26 jun. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Cuidados Paliativos. Disponível em: https://ses.sp.bvs.br/wp-content/uploads/2024/05/U_PT-MS-GM-3681_070524.pdf. Acesso em: 10 jan. 2025.

CÓDIGO NACIONAL DE NORMAS DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - FORO EXTRAJUDICIAL (CNN/CN/CNJ-Extra). Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023.

COLLINS, A. et al. The impact of public health palliative care interventions on health system outcomes: A systematic review. *Palliative Medicine*, v. 35, n. 3, p. 026921632098172, 23 dez. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1995, de 09 de agosto de 2012. Disponível em: <https://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao-cfm-1995-2012.htm>. Acesso em: 10 jan. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria nº 18, de 28 de agosto de 2012, que dispõe sobre a instituição da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados – CENSEC.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/SzZm7jf3WDTczJXfVFpF7GL/>.

DIAS, Herika Wellen; OLIVEIRA, Gustavo Paschoal Teixeira de Castro; CORREIA, Italo Schelive. Testamento vital: dos cuidados paliativos a sua legitimidade diante do direito a vida. *Revista Humanidades e Inovação*, Palmas, v. 7, n. 19, p. 611-623, 2020. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/3857>. Acesso em: 10 jan. 2025.

FINDELSTEIN, Eric A. et al. Cross country comparison of expert assessments of the quality of death and dying 2021. *Journal of Pain and Symptom Management*, v. 63, n. 3, p. e419-e429, mar. 2022.

FLORIANI, Ciro Augusto. Considerações bioéticas sobre os modelos de assistência no fim da vida. *Cadernos de saúde pública reports in public health*, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00264320>. Acesso em: 22 jul. 2025.

FUSCULIM, Andréa Ricetti Bueno et al. Diretivas antecipadas de vontade: amparo bioético às questões éticas em saúde. *Revista Bioética*, v. 29, n. 3, p. 574-583, jul./set. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422021293482>.

GOMES, B. M. M. et al. Diretivas antecipadas de vontade em geriatria. *Revista Bioética*, v. 26, n. 3, p. 429-439, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422018263263>.

GONZAGA, Á. de A.; FALLEIROS, L. A.; LABRUNA, F. Morte digna como direito: visibilidade jurídica da finitude. *Revista Bioética*, v. 32, p. e3629PT, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-803420243629PT>. Acesso em: 2 jan. 2025.

GRANEL COPETTI, Maria Eduarda; COLET GIMENEZ, Charlise Paula. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO PRINCÍPIO DE GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Florianópolis, v. 10, n. 1, 2024. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-0111/2024.v10i1.10471. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/10471>. Acesso em: 2 jan. 2025.

HUI, D.; BRUERA, E. Models of Palliative Care Delivery for Patients With Cancer. *Journal of Clinical Oncology*, v. 38, n. 9, p. 852–865, 20 mar. 2020.

LIMA, Jussara Silva et al. Diretivas antecipadas da vontade: autonomia do paciente e segurança profissional. *Revista Bioética*, v. 30, n. 4, 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422022304568PT>. Acesso em: 10 jan. 2025.

LOPES, Loureiro de Almeida & Advogados Associados. Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/diretivas-antecipadas-de-vontade-e-testamento-vital/216433582?msocid=3593afdf164868d73f5cba8617b369e0>. Acesso em: 10 jan. 2025.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. v. 4.

MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; SILVA JR, Aluísio Gomes da. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. *Revista Bioética*, v. 27, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-8042219271290>. Acesso em: 10 jan. 2025.

MOREIRA, Márcia Adriana Dias Meireles et al. Testamento vital na prática médica: compreensão dos profissionais. *Revista Bioética*, v. 25, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017251178>. Acesso em: 10 jan. 2025.

NOGARIO, A. C. D. et al. Advance directives of patients: process of implementation by palliative care teams. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 73, n. 6, supl., e20190567, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-7167-2019-0567>.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Diretiva Antecipada de Vontade Lato Sensu: o que deve acontecer com a vida, o corpo e o patrimônio do caso de perda de lucidez ou de morte?. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/649971>. Acesso em: 10 jan. 2025.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Década do Envelhecimento Saudável: Plano de Ação 2021-2030 (2020). Disponível em: https://cdn.who.int/media/docs/default-source/decade-of-healthy-ageing/decade-proposal-final-apr2020-en.pdf?sfvrsn=b4b75ebc_28&download=true. Acesso em: 21 jul. 2025.

PERIYAKOIL, V. V.; CHARLES. Palliative Care Is Proven. *Journal of Palliative Care*, v. 26, n. 1, p. 2-4, 1 jan. 2023.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2018.

PITELLI, Sérgio Domingos; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de; NAZARETH, Janice Caron. Diretivas antecipadas de vontade: proposta de instrumento único. *Revista Bioética*, v. 28, n. 04, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422020284423>. Acesso em: 22 jul. 2025.

POSSATI, F. M. et al. Desejos e vontades de pessoas idosas institucionalizadas sobre a terminalidade de vida. *Revista Brasileira de Geriatria E Gerontologia*, v. 27, e230177, 2024. <https://doi.org/10.1590/1981-22562024027.230177.pt>. Acesso em: 6 jan. 2025.

RODRIGUES, L. F.; SILVA, J. F. M. da; CABRERA, M. Cuidados paliativos: percurso na atenção básica no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 38, n. 9, e00130222, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Caroline Oliveira da; CRIPPA, Anelise; BONHEMBERGER, Marcelo. Diretivas antecipadas de vontade: busca pela autonomia do paciente. *Revista Bioética*, v. 29, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422021294205>. Acesso em: 10 jan. 2025. WAX, J. W. et al. Voluntary Stopping Eating and Drinking. *Journal of the American Geriatrics Society*, v. 66, n. 3, p. 441-445, mar. 2018. DOI: 10.1111/jgs.15200.

DIREITOS SOCIAIS E SUA EFETIVAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DE DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Nathália RONCHI¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar os direitos sociais no contexto brasileiro, com enfoque em sua fundamentação constitucional, nos desafios enfrentados para sua efetivação e nos caminhos possíveis para sua concretização. Parte-se do reconhecimento dos direitos sociais como integrantes do núcleo essencial dos direitos fundamentais, conforme disposto na Constituição Federal de 1988, e reforçado por autores como Ingo Wolfgang Sarlet, Rodrigo Garcia Schwarz e outros autores. A partir disso, explora-se a distância existente entre o reconhecimento formal desses direitos e sua realização prática, destacando-se obstáculos como a desigualdade estrutural, a insuficiência orçamentária e a instabilidade das políticas públicas. O artigo também discute o papel do princípio da proibição do retrocesso social, que impõe limites à supressão de direitos previamente assegurados, sobretudo em tempos de crise. Como estratégias para a efetivação, destaca-se a participação social – com destaque para a experiência do Orçamento Participativo –, a litigância estratégica de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, e a interpretação constitucional orientada pela máxima efetividade e pela proteção do mínimo existencial. Conclui-se que a efetivação dos direitos sociais requer a articulação entre Estado e sociedade civil, bem como o fortalecimento de instituições comprometidas com a justiça distributiva, de modo a tornar concretas as promessas constitucionais e construir uma sociedade mais justa e igualitária.

PALAVRAS-CHAVE: justiça; exclusão; retrocesso.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo analizar los derechos sociales en el contexto brasileño, con énfasis en su fundamentación constitucional, los desafíos enfrentados para su efectivación y los caminos posibles para su concreción. Se parte del reconocimiento de los derechos sociales como parte integrante del núcleo esencial de los derechos fundamentales, conforme lo dispone la Constitución Federal de 1988, y reforzado por autores como Ingo Wolfgang Sarlet, Rodrigo Garcia Schwarz y otros. A partir de ello, se explora la distancia existente entre el reconocimiento formal de estos derechos y su realización práctica, destacando obstáculos como la desigualdad estructural, la insuficiencia presupuestaria y la inestabilidad de las políticas públicas. El artículo también discute el papel del principio de prohibición del retroceso social, que impone límites a la supresión de derechos previamente asegurados, sobre todo en tiempos de crisis. Como estrategias para la efectivación, se destaca la participación social –con énfasis en la experiencia del Presupuesto Participativo–, la litigación estratégica de instituciones como el Ministerio Público y la Defensoría Pública, y la interpretación constitucional orientada por la máxima efectividad y la protección del mínimo existencial. Se concluye que la efectivación de los derechos sociales requiere la articulación entre el Estado y la sociedad civil, así como el fortalecimiento de instituciones comprometidas con la justicia distributiva, con el fin de concretar las promesas constitucionales y construir una sociedad más justa e igualitaria.

PALABRAS CLAVE: justicia; exclusión; retroceso.

INTRODUÇÃO

1 Mestranda em Direito, UENP.

A Constituição Federal de 1988 representa um marco histórico na consolidação dos direitos fundamentais no Brasil, ao incorporar de maneira robusta os direitos sociais como pilares do Estado Democrático de Direito. Esses direitos, previstos no artigo 6º da Carta Magna, incluem educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Sua positivação, entretanto, não tem assegurado, por si só, a concretização de tais garantias na realidade cotidiana dos cidadãos. Assim, para que os direitos sociais sejam efetivados posteriores a sua promulgação, é necessário que sejam regulados.

A efetivação dos direitos sociais permanece como um dos maiores desafios do constitucionalismo contemporâneo, sobretudo em países marcados por profundas desigualdades estruturais, como o Brasil. Autores como Ingo Wolfgang Sarlet (2010) sustentam que os direitos sociais possuem aplicabilidade imediata, não podendo ser tratados como normas meramente programáticas.

Houve na história nacional uma dicotomia entre o que seria realidade e o que estava dentro da norma: no processo autoritário do golpe militar via Ato Normativo n. 04, existia na carta de 1967 o direito a filiação sindical como direito dos cidadãos e, que, na realidade, não estava sendo cumprido; pelo contrário, ao povo havia uma perseguição a certas filiações (JUNIOR, 2009). *“Convém salientar, ademais, que estamos tratando da eficácia como diretamente decorrente da Constituição, e não da eficácia de direitos derivados, no sentido de direitos legais, oriundos da concretização - em nível infraconstitucional - das normas constitucionais de direitos fundamentais.”* (SARLET, 2010, p. 281).

A partir disso, na tentativa de definir os direitos sociais, é necessário respeitar o que o constituinte enfatizou ao criar destaque a estes direitos no sentido de que a atuação do Estado não precisa ser positiva para sua efetivação. Tal afirmação é razoável, considerando que também são sociais os direitos ao espaço de liberdade, por exemplo, ou manter a proteção de determinados bens jurídicos relevantes que um segmento da sociedade detém, justamente por sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal e econômico.

Além disso, deve haver uma proteção dos direitos fundamentais procurando defender o seu esvaziamento por parte de supressões de órgãos estatais ou não. Ingo (2010) aponta que mesmo que muitos direitos sociais dependam de ações do Estado — como criação de políticas públicas ou alocação de recursos —, isso não significa que eles só tenham validade depois de regulamentados por leis infraconstitucionais. A Constituição de 1988, ao afirmar que os direitos fundamentais são de aplicação imediata, estabelece que os direitos sociais já podem gerar efeitos jurídicos desde sua promulgação, inclusive podendo ser exigidos judicialmente, especialmente quando se tratar de garantir um patamar mínimo de dignidade à pessoa.

Apesar dos avanços jurídicos, persistem obstáculos relevantes à efetivação desses direitos, entre eles o subfinanciamento das políticas públicas, a judicialização excessiva e a instabilidade institucional que afeta a continuidade de programas sociais. Rodrigo Schwarz (2016) observa que os direitos sociais constituem um núcleo essencial intangível, inclusive em tempos de crise, exigindo atuação coordenada entre os poderes do Estado, com respeito à separação de poderes, mas sem abdicar da proteção de direitos fundamentais.

Sarlet (2010) sustenta que os direitos sociais devem ser compreendidos como parte do núcleo intangível da Constituição — ou seja, daqueles elementos que não podem ser abolidos nem mesmo por emenda constitucional. Isso porque esses direitos são fundamentais para a realização do projeto constitucional brasileiro, que tem como pilares a dignidade da pessoa humana, a justiça social e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse sentido, qualquer tentativa de supressão ou esvaziamento desses direitos representa uma ameaça à própria identidade da Constituição e ao modelo de Estado Democrático e Social de Direito.

Assim, os direitos sociais assumem uma natureza multifacetada incluindo direitos prestacionais como, saúde e educação; normas regulatórias, como jornada de trabalho e salário; e, garantias de liberdade coletiva onde estão incluídas o direito a greve e sindicalização. No entanto, a história constitucional brasileira e a realidade atual revelam o distanciamento entre a norma jurídica e sua efetiva aplicação.

Parte-se da premissa de que a efetivação dos direitos sociais requer uma leitura constitucional comprometida com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e com o princípio da proibição do retrocesso social, que limita a ação dos poderes públicos quanto a supressões indevidas de direitos já consagrados.

Por fim, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como um sistema integrado e interdependente. Não é possível hierarquizar os direitos civis e políticos em detrimento dos direitos sociais, pois todos compõem um conjunto coeso de garantias voltadas à proteção da pessoa humana. A efetividade dos direitos sociais, portanto, é condição para a realização de outros direitos, como a participação política, a liberdade e a igualdade.

Diante do exposto, este artigo propõe-se a analisar os fundamentos constitucionais dos direitos sociais, identificar os principais entraves à sua efetivação e discutir estratégias jurídicas e políticas voltadas à sua concretização.

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS SOCIAIS

Segundo Sarlet (2010), os direitos sociais são normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF). Representam exigências positivas de prestação estatal para garantir

condições materiais de igualdade. Rodrigo Schwarz (2016) reforça que tais direitos não podem ser tratados como prerrogativas discricionárias do gestor, pois forma um núcleo essencial intangível mesmo em contextos de crise.

Os direitos sociais no Brasil encontram respaldo direto na Constituição Federal de 1988, especialmente no artigo 6º, que os elenca expressamente como direitos fundamentais. A denominada "Constituição Cidadã" de 1988 consolidou uma visão avançada do constitucionalismo social, ao reconhecer que a dignidade da pessoa humana somente se realiza em plenitude quando acompanhada da garantia de direitos sociais efetivos, universais e acessíveis. Trata-se de um rompimento com a visão liberal clássica, que priorizava direitos civis e políticos, e de uma reafirmação do papel do Estado como agente promotor da igualdade substancial (JUNIOR, 2009). *“Os direitos sociais são, assim, direitos exigíveis, conquanto para a sua eficácia plena seja imprescindível, de uma forma ou de outra, a intervenção legislativa e a ação do Poder Executivo, inclusive mediante a gestão e a implantação de políticas públicas.”* (SCHWARZ, 2016, p. 267).

Autores como Ingo Wolfgang Sarlet (2010) destacam que a natureza dos direitos sociais não os torna menos exigíveis do ponto de vista jurídico. Muito ao contrário: embora sua implementação dependa, em parte, de políticas públicas e disponibilidade orçamentária, os direitos sociais gozam de aplicabilidade imediata, conforme determina o artigo 5º, §1º da CF/88. A noção de que são direitos meramente programáticos foi superada, e hoje predomina o entendimento de que o Estado tem o dever jurídico de promovê-los, ainda que de forma progressiva, respeitando o chamado “mínimo existencial” (JUNIOR, 2009).

A força normativa dos direitos sociais decorre da combinação de vários dispositivos constitucionais. O art. 5º, § 1º, estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; logo, os direitos sociais não podem ser tratados como meras promessas condicionadas a legislação futura. O art. 1º da Constituição inclui a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos da República, e o art. 3º, III, fixa como objetivo a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. Esses dispositivos evidenciam que os direitos sociais são elementos estruturantes da ordem constitucional, não podendo ser voluntariamente suprimidos.

Autores como Ingo Sarlet sustentam que os direitos sociais compõem o núcleo essencial do Estado Democrático de Direito e, portanto, gozam de proteção reforçada. Essa natureza exige que a prestação estatal seja dirigida a assegurar condições materiais de igualdade e a promover inclusão social. Rodrigo Schwarz acrescenta que, ainda que dependam de políticas públicas e disponibilidade de recursos, os direitos sociais são exigíveis e vinculam os gestores públicos, que não podem tratá-los como prerrogativas discricionárias. A doutrina brasileira, acompanhando a jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal, reconhece que existe um “mínimo existencial” que deve ser garantido de imediato; sobre ele incidem as chamadas cláusulas pétreas, de modo que nem mesmo emendas constitucionais podem eliminar direitos sociais que integram esse núcleo fundamental.

A doutrina também aponta que os direitos sociais possuem tanto uma dimensão individual quanto coletiva. No plano individual, representam garantias que o cidadão pode exigir do Estado, como acesso à saúde, educação e previdência. No plano coletivo, são instrumentos de transformação estrutural da sociedade, promovendo inclusão, justiça social e coesão democrática. Rodrigo Schwarz (2016) acrescenta que a efetivação dos direitos sociais está ligada ao reconhecimento de que tais direitos integram o núcleo essencial do Estado Democrático de Direito, não podendo ser restringidos arbitrariamente, mesmo em contextos de crise econômica ou fiscal.

Outra característica relevante dos direitos sociais é a sua interdependência com outros direitos fundamentais. Como observa Sarlet (2010), não há como garantir a liberdade ou a igualdade sem condições mínimas de saúde, alimentação, habitação e educação. Essa interconexão reforça a tese de que os direitos sociais não são apenas direitos de segunda geração, mas direitos fundacionais de uma ordem constitucional voltada para a dignidade da pessoa humana.

Além disso, a Constituição de 1988 adota como fundamento da República a justiça social (art. 1º, CF) e fixa como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III). Isso evidencia a opção do constituinte por um modelo de Estado Social, que se contrapõe à lógica neoliberal e impõe ao poder público obrigações positivas. Assim, a omissão estatal frente aos direitos sociais configura violação constitucional e pode ser objeto de controle jurisdicional.

Além dos dispositivos específicos, outros princípios constitucionais embasam os direitos sociais. A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) impõe que a vida material das pessoas seja compatível com a liberdade e a igualdade, o que só se concretiza com acesso a saúde, educação e moradia. A igualdade substancial, prevista no art. 5º, caput, exige medidas estatais que compensem desigualdades de fato e assegurem oportunidades equivalentes. A função social da propriedade (art. 5º, XXIII) e a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano (art. 170) também orientam a redistribuição de recursos. Essas disposições revelam uma matriz constitucional que privilegia o bem-estar coletivo e a justiça distributiva.

Portanto, os fundamentos constitucionais dos direitos sociais apontam para três conclusões centrais. Primeiro, tais direitos têm natureza de normas fundamentais, dotadas de eficácia imediata e situadas no núcleo essencial da Constituição, não podendo ser reduzidos por leis ordinárias nem por emendas. Segundo, o Estado brasileiro está juridicamente obrigado a promover o pleno exercício desses direitos, seja por meio de políticas públicas e orçamentos que atendam ao mínimo

existencial, seja por ações judiciais que garantam prestações básicas. Terceiro, a realização de direitos sociais deve observar o princípio da progressividade e a vedação do retrocesso, conforme tanto a Constituição quanto o direito internacional, significando que avanços obtidos não podem ser arbitrariamente retirados e que o Estado deve utilizar o máximo de seus recursos para ampliar a cobertura de serviços sociais. A compreensão desses fundamentos é essencial para orientar a elaboração de políticas, a atuação do Judiciário e a mobilização da sociedade civil em defesa de uma ordem constitucional verdadeiramente inclusiva.

Por fim, destaca-se a influência de tratados e convenções internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ratificado pelo Brasil, que impõe obrigações internacionais de garantir, respeitar e realizar os direitos sociais. Esses instrumentos reforçam a força normativa dos direitos sociais e permitem o diálogo entre o ordenamento jurídico nacional e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

2. O HIATO ENTRE O RECONHECIMENTO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A promulgação da Constituição Federal de 1988 e a incorporação do art. 6º, de direitos como educação, saúde, moradia, alimentação, trabalho, previdência e assistência social representam um marco no reconhecimento normativo de prestações indispensáveis à dignidade humana. A Emenda Constitucional 114/2021, ao introduzir parágrafo único nesse dispositivo, reconheceu a todas as pessoas em situação de vulnerabilidade o direito a uma renda básica familiar, a ser implementada por meio de programa permanente de transferência de renda. A Lei 14.601/2023, ao instituir o novo Programa Bolsa Família, deu início à fase de transição para concretizar essa renda básica universal. Não obstante esses avanços, persiste um abismo entre o reconhecimento jurídico dos direitos sociais e sua efetivação concreta.

Esse hiato é, primeiramente, resultado de uma estrutura socioeconômica extremamente desigual. Segundo dados da Oxfam Brasil em 2017, seis brasileiros tem a riqueza em patrimônio equivalente ao patrimônio dos 100 milhões mais pobres do país, ou seja, 5% dos mais ricos detêm da mesma fatia de renda dos 95%. Hoje, a concentração permanece alarmante: o relatório do Observatório Brasileiro das Desigualdades mostra que, em 2023, o 1 % mais rico tinha rendimento mensal per capita 31,2 vezes maior que o dos 50 % mais pobres; além disso, a tributação se mantém progressiva apenas até 10–15 salários-mínimos, tornando-se regressiva a partir daí, e o 0,1 % mais rico, com renda média anual de R\$ 21,5 milhões, deduziu R\$ 12,1 bilhões em despesas médicas. Essa desigualdade compromete a universalização dos direitos, aliada a um sistema tributário regressivo, reduz a capacidade do Estado financiar políticas universais e inviabiliza a promessa constitucional de justiça distributiva, e Schwarz (2016) alerta que o Judiciário deve atuar com base

em princípios constitucionais, mas respeitando os limites institucionais e o equilíbrio orçamentário

A precariedade das finanças públicas se reflete no subfinanciamento de serviços essenciais e incentiva a judicialização dos direitos sociais. A saúde é o exemplo paradigmático: cidadãos que não recebem medicamentos, tratamentos ou leitos hospitalares pelo Sistema Único de Saúde (SUS) recorrem ao Judiciário, buscando garantir o mínimo existencial. Essa atuação judicial, embora importante para suprir omissões, deve ser pautada por critérios constitucionais, respeitar a separação dos poderes e considerar a sustentabilidade fiscal. A excessiva interferência judicial pode desorganizar políticas públicas e acentuar desigualdades, pois ações individuais favorecem quem consegue litigar em detrimento de grupos mais pobres sem acesso à Justiça.

A distância entre o reconhecimento formal dos direitos sociais e sua efetiva concretização no cotidiano da população configura um dos dilemas centrais do constitucionalismo contemporâneo. Ainda que os direitos sociais estejam expressamente previstos na Constituição Federal de 1988 e em diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, sua efetivação prática permanece condicionada a uma série de entraves estruturais, institucionais e orçamentários.

“Na garantia dos direitos sociais como saúde, moradia, educação, assistência social, alimentação adequada, etc, as políticas públicas, mais do que garantir certos bens da vida, devem estabelecer planos de inclusão social, efetivando o empoderamento dos grupos sociais excluídos, permitindo-lhes exercer com efetividade sua condição de cidadão pertencente a um espaço de argumentação.” (SODRÉ, 2016, p. 244)

O primeiro grande obstáculo diz respeito à profunda desigualdade socioeconômica que marca a sociedade brasileira. Esse abismo social compromete a capacidade do Estado de implementar políticas públicas universais, tornando a efetivação dos direitos sociais uma tarefa especialmente desafiadora em contextos de desigualdade estrutural. A concentração de renda, associada à baixa arrecadação tributária progressiva, compromete o financiamento adequado de políticas públicas essenciais.

Outro fator de destaque é a judicialização dos direitos sociais. Casos como o do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecido no artigo 196 da Constituição, exemplificam como a população, diante da omissão ou ineficiência estatal, recorre ao Poder Judiciário para ter acesso a medicamentos, tratamentos e serviços de saúde. Rodrigo Schwarz (2016) alerta que, embora o Judiciário desempenhe papel relevante na garantia desses direitos, sua atuação deve ser orientada por critérios constitucionais, respeitando a separação dos poderes e a sustentabilidade fiscal.

A inexistência de uma definição consensual do núcleo essencial dos direitos sociais fragiliza a proteção contra retrocessos. Embora a doutrina reconheça o princípio da proibição do retrocesso social como limite à supressão de prestações já asseguradas, falta jurisprudência uniforme que delimite quais elementos são inegociáveis e quais podem ser alterados em nome de

ajustes fiscais. Em 2025, o Supremo Tribunal Federal reiterou que a vedação ao retrocesso não é absoluta e que alterações podem ocorrer desde que não esvaziem o núcleo do direito. Essa interpretação obriga o legislador e o administrador a justificarem medidas que reduzam direitos, demonstrando proporcionalidade e compensação, mas ao mesmo tempo autoriza mudanças necessárias para preservar o equilíbrio orçamentário. Sem parâmetros claros, abre-se espaço para cortes arbitrários travestidos de austeridade.

A instabilidade política também compromete a continuidade das políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais. Mudanças de governo muitas vezes resultam em alterações ou mesmo descontinuação de programas sociais estruturantes, como ocorreu com o Minha Casa Minha Vida. Essa descontinuidade mina a confiança da população nas instituições e prejudica especialmente os grupos mais vulneráveis, que dependem da ação estatal para garantir condições mínimas de vida digna.

Além disso, a ausência de definição clara quanto ao núcleo essencial dos direitos sociais dificulta a aplicação de limites à atuação estatal em tempos de crise. Sem parâmetros objetivos sobre quais prestações são inegociáveis, abre-se margem para retrocessos arbitrários, ainda que disfarçados sob o discurso da austeridade. O princípio da proibição do retrocesso, embora reconhecido na doutrina e em parte da jurisprudência, carece de aplicação uniforme e vinculante por parte do Supremo Tribunal Federal.

“Há, sem dúvida, desde o ano de 2003, no âmbito federal, a implementação de um projeto político que procura ampliar a participação dos atores sociais na definição da agenda política, criando instrumentos de controle social sobre as ações estatais, desmonopolizando a formulação e a implementação das ações públicas. Porém, o planejamento das políticas públicas continua centralizado nas mãos de burocratas.”
(SODRÉ, 2016, p. 248)

Adicionalmente, a centralização do planejamento das políticas públicas é um desafio para a democratização das decisões. Conforme observa Sodré (2016), apesar de iniciativas, desde 2003, para ampliar a participação de atores sociais na agenda política, o desenho e a implementação das ações permanecem concentrados nas mãos de burocratas. A experiência de conselhos setoriais e do Orçamento Participativo demonstra que a participação social qualificada pode ajudar a definir prioridades e fiscalizar gastos, mas sua expansão esbarra em resistências institucionais e em desigualdades de acesso à informação.

Superar essa distância exige reformas estruturais para promover tributação progressiva e combater a evasão fiscal; estabilizar programas sociais mediante leis que garantam financiamento plurianual; consolidar jurisprudência que proteja o mínimo existencial sem engessar o legislador; e ampliar a participação popular para democratizar prioridades e monitorar políticas. A efetividade dos direitos sociais é condição para a dignidade humana e para a concretização de uma ordem

econômica e social fundada na justiça, e sua realização dependerá da capacidade de mobilização de instituições e da sociedade civil para transformar normas em realidades.

Portanto, o hiato entre o reconhecimento jurídico e a efetivação prática dos direitos sociais revela-se como um desafio multifacetado que exige ação coordenada entre os poderes públicos, controle jurisdicional responsável e ampla participação social. Reconhecer os direitos sociais como cláusulas pétreas do pacto democrático é o primeiro passo para assegurar sua materialização em políticas públicas concretas e contínuas.

3. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E CAMINHOS POSSÍVEIS PARA A CONCRETIZAÇÃO

A partir da compreensão dos entraves enfrentados pela efetivação dos direitos sociais, emerge como fundamental o princípio da proibição do retrocesso social, que visa impedir que conquistas jurídicas e institucionais sejam suprimidas arbitrariamente, sobretudo em momentos de crise econômica ou mudanças de governo. Conforme destaca Brega Filho (2013), esse princípio impõe ao Estado o dever de justificar de forma rigorosa qualquer medida que implique redução ou supressão de prestações sociais já garantidas, exigindo que sejam observados critérios de proporcionalidade, temporariedade e compensação.

“O princípio da proibição do retrocesso social é mais um dos instrumentos para a afirmação dos direitos sociais. Fundado na força normativa da Constituição e nos princípios da confiança e da segurança jurídica, impede que os direitos sociais venham a ser arbitrariamente diminuídos pelo legislador. Daquilo que vem sendo decidido pela corte constitucional portuguesa pode-se extrair algumas conclusões, que com toda a certeza devem influenciar e orientar a corte constitucional brasileira, na construção do conceito de proibição do retrocesso. A primeira delas é a de que o legislador tem ampla liberdade para conformação dos direitos sociais, não sendo razoável que se proceda a um engessamento da legislação. Sendo assim, eventualmente, algum direito social pode vir a ser diminuído, afinal, não existe direito absoluto, ou seja, em situações extremas e devidamente justificadas, pode o legislador diminuir os direitos sociais mediante alternativas e compensação.” (BREGA FILHO, 2013, p. 121)

A Corte, no entanto, ainda não consolidou uma jurisprudência firme quanto à proteção do núcleo essencial dos direitos sociais. Isso revela a necessidade de um avanço institucional no sentido de consolidar entendimentos que vedem retrocessos injustificados e que promovam a concretização progressiva dos direitos previstos constitucionalmente.

A doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2010) contribui para esse debate ao enfatizar que os direitos sociais não apenas possuem aplicabilidade imediata, como também devem ser interpretados à luz da máxima efetividade e da dignidade da pessoa humana. A ideia do “mínimo existencial” — um conjunto de condições materiais indispensáveis à vida digna — torna-se, assim, uma referência central para a atuação dos poderes públicos e para a análise judicial de políticas sociais. Tal abordagem exige do Judiciário uma postura ativa e comprometida com a eficácia substancial desses

direitos, superando a visão formalista que os relega à discricionariedade administrativa.

Além da atuação do Judiciário, outras estratégias são essenciais para a efetivação dos direitos sociais. A participação social, por exemplo, revela-se um mecanismo poderoso de democratização das decisões orçamentárias e de controle das prioridades estatais. A experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre é frequentemente citada como exemplo bem-sucedido de inclusão cidadã na definição das políticas públicas. Nesse modelo, os cidadãos deliberam diretamente sobre a alocação de recursos municipais, contribuindo para a legitimação democrática e para a priorização de demandas sociais historicamente negligenciadas.

“A justiciabilidade de um direito e, em consequência, de uma política pública deve ser analisada, portanto, a partir de diversos aspectos, preventivos, sancionatórios ou de controle, ainda que todos eles tenham por objetivo evitar que a vulneração de um direito permaneça impune, estabelecendo algum mecanismo que, de uma forma ou de outra, obrigue os órgãos legislativos ou administrativos a justificar publicamente as razões de certo descumprimento, e, assim, a sua ilegitimidade. Em síntese, partimos da ideia de que os tribunais podem e devem controlar a razoabilidade das respostas dos poderes públicos às demandas sociais, respeitando, no entanto, o princípio da divisão dos poderes – separação de funções e responsabilidades, na verdade – e atentando para as consequências de suas decisões, inclusive atentando para o princípio da proporcionalidade, mas sempre sem afastar-se do seu dever de dar efetividade aos direitos civis, políticos e sociais reconhecidos pela Constituição.” (SCHWARZ, 2016, p. 268).

A litigância estratégica é outro caminho relevante, especialmente quando utilizada por atores coletivos como o Ministério Público, a Defensoria Pública e organizações da sociedade civil. Em ações coletivas, esses entes têm buscado pressionar o Estado para cumprir obrigações constitucionais, como no fornecimento de medicamentos ou na garantia de acesso à educação básica. Rodrigo Schwarz (2016) reconhece a importância dessa via, mas ressalta a necessidade de equilíbrio entre a atuação jurisdicional e a competência dos demais poderes, a fim de preservar a legitimidade democrática e o planejamento racional das políticas públicas.

No plano interpretativo, a adequada aplicação da Constituição requer a adoção da teoria da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Essa teoria, defendida por Sarlet (2010), orienta que, entre várias interpretações possíveis de uma norma constitucional, deve-se preferir aquela que mais concretize os direitos assegurados. Associada à doutrina do mínimo existencial, essa leitura reforça o dever do Estado de garantir prestações básicas, independentemente de restrições orçamentárias genéricas ou argumentos políticos de conveniência.

Por fim, destaca-se a importância do diálogo com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que prevê a progressiva realização dos direitos sociais e impõe aos Estados a obrigação de adotar medidas, até o máximo de seus recursos disponíveis, para assegurar esses direitos. A internalização desses parâmetros reforça o dever de não regredir, ao mesmo tempo que oferece um

referencial normativo de cooperação global.

Diante disso, a efetivação dos direitos sociais demanda a convergência de três frentes: (a) um Poder Judiciário sensível à proteção do mínimo existencial e ao princípio da não regressividade; (b) instituições democráticas fortalecidas e comprometidas com políticas públicas inclusivas; e (c) uma cidadania ativa e vigilante, capaz de influenciar e cobrar decisões públicas coerentes com os fundamentos constitucionais da dignidade, igualdade e justiça social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos direitos sociais e de sua efetivação no contexto brasileiro revela um cenário marcado por contradições entre o discurso normativo e a realidade concreta. Embora a Constituição Federal de 1988 reconheça expressamente os direitos sociais como fundamentais e imponha ao Estado o dever de promovê-los, sua implementação encontra-se condicionada por barreiras estruturais, como a desigualdade socioeconômica, a insuficiência de financiamento e a instabilidade das políticas públicas.

A Emenda Constitucional n. 114/2021 foi além ao prever que todo brasileiro em situação de vulnerabilidade tem direito a uma renda básica familiar, devendo o poder público implementar um programa permanente de transferência de renda. O Programa Bolsa Família, nesse ínterim, reestruturado pela Lei n. 14.601/2023, foi concedido como etapa de transição para essa universalização. Essas inovações demonstram que o arcabouço jurídico brasileiro amadureceu no reconhecimento de que a dignidade humana exige prestações estatais.

Apesar desse avanço normativo, permanece significativo o descompasso entre o texto constitucional e a realidade social. De acordo com Oxfam, o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo: seis brasileiros detêm riqueza equivalente ao patrimônio de cem milhões de pessoas e os 5% mais ricos concentram a mesma fatia de renda que os demais 95%. Essa concentração impede que a base arrecadatória cresça de forma progressiva e compromete o financiamento de políticas universais. Projeções recentes mostram que, mantida a tendência atual, seriam necessários 35 anos para o país alcançar o nível de desigualdade de renda do Uruguai. A efetivação dos direitos sociais exige, portanto, enfrentar a estrutura tributária regressiva e promover reformas que ampliem a contribuição sobre grandes fortunas, heranças e renda do capital.

Conforme demonstrado ao longo do artigo, a judicialização dos direitos sociais tem sido uma resposta recorrente à omissão estatal, mas não deve ser compreendida como solução estrutural. A atuação do Poder Judiciário, embora necessária, deve se articular com os princípios constitucionais da separação dos poderes e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, assumindo uma postura equilibrada e comprometida com a proteção do mínimo existencial.

O princípio da proibição do retrocesso social surge como elemento central na construção de uma jurisprudência garantista, exigindo do Estado justificativas robustas para quaisquer medidas que restrinjam direitos sociais previamente assegurados. Brega Filho (2013) e Ingo Sarlet (2010) ressaltam que a preservação do núcleo essencial desses direitos é imprescindível à legitimidade constitucional e à estabilidade das conquistas democráticas.

Além disso, a participação social e a litigância estratégica demonstram que a sociedade civil possui papel relevante na fiscalização, formulação e defesa dos direitos sociais. A experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre e a atuação institucional do Ministério Público e da Defensoria Pública são evidências de que o engajamento cidadão e a mobilização jurídica são caminhos viáveis para pressionar o Estado a cumprir suas obrigações constitucionais.

Outro obstáculo é o modelo fiscal. A política de teto de gastos de 2016 e o novo arcabouço fiscal de 2023 limitam o crescimento das despesas primárias e pressionam programas sociais. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido que o princípio da vedação ao retrocesso social não é absoluto e que reformas podem ocorrer, a Corte deixou claro que violações surgem quando medidas atingem o núcleo essencial do direito e inviabilizam sua eficácia. Qualquer ajuste fiscal deve, portanto, respeitar o mínimo existencial e não pode servir de pretexto para suprimir direitos básicos. O Poder Judiciário, ao aplicar a teoria da máxima efetividade, deve continuar a exigir justificativas proporcionais para cortes orçamentários e evitar usurpar as competências dos poderes político e financeiro.

A participação social emerge como elemento indispensável. A experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre e a atuação de conselhos setoriais ilustram como a sociedade civil pode influenciar a definição de prioridades e fiscalizar a execução de políticas públicas. A digitalização da administração oferece oportunidades para ampliar essa participação, mas requer investimentos em inclusão digital e educação cívica para que cidadãos de diferentes territórios e grupos sociais possam se envolver de maneira efetiva.

Também é necessário reconhecer que a efetivação dos direitos sociais passa por combater desigualdades interseccionais. Mulheres, população negra, pessoas com deficiência e habitantes de regiões periféricas são historicamente excluídas e, mesmo em programas universalistas, tendem a receber menos. Dados da Oxfam apontam que uma trabalhadora que recebe um salário-mínimo precisaria de 19 anos para acumular a renda que um super-rico obtém em um único mês, e que a equiparação salarial entre negros e brancos, mantida a tendência atual, só ocorreria em 2089. Políticas de ação afirmativa e recortes territoriais são, portanto, complementares às prestações universais.

Dessa forma, a efetivação dos direitos sociais exige não apenas compromisso político e

orçamentário, mas sobretudo uma interpretação constitucional orientada pela dignidade da pessoa humana e pela justiça social. Ao integrar normas, instituições e práticas participativas, o Brasil poderá consolidar um modelo de Estado verdadeiramente democrático e inclusivo, capaz de transformar direitos formalmente reconhecidos em garantias efetivas para toda a população.

Conclui-se, portanto, que a efetivação dos direitos sociais exige um esforço conjunto entre os Poderes do Estado, a sociedade civil e os órgãos de controle. Mais do que previsões normativas, esses direitos demandam compromisso político, institucionalidade democrática e engajamento cidadão.

Por fim, a consolidação dos direitos sociais demanda coordenação entre os poderes do Estado. O Legislativo deve aprovar leis que estabilizem programas e assegurem recursos plurianuais, o Executivo precisa planejar políticas baseadas em evidências e garantir capacidade administrativa, e o Judiciário deve ser guardião do núcleo essencial dos direitos, sem substituir escolhas políticas legítimas. A sociedade civil, por sua vez, deve permanecer mobilizada para pressionar por transparência, denunciar retrocessos e propor alternativas. Somente essa convergência entre normas, instituições e participação poderá transformar a previsão constitucional em realidade concreta e garantir que a dignidade, a igualdade e a justiça social sejam efetivamente usufruídas por todos os brasileiros.

REFERÊNCIAS

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? Desafios dos direitos sociais. **Revista do Ministério Público RS**, Porto Alegre, n. 56, p. 30-34, set./dez. 2005.

BAPTISTA, Tatiana. W. F. & REZENDE, Monica de. A ideia de ciclo na análise de políticas públicas. In MATTOS, R. A.; BAPTISTA, T. W. F. Caminhos para análise das políticas de saúde, Porto Alegre, Rede Unida, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Trinta anos da Constituição de 1988: direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões. *Revista dos Tribunais* [recurso eletrônico]. São Paulo, n.996, out. 2018.

BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 213–244, 2014.

BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. **Revista Argumenta**, 2013, v. 19, p. 103-123.

DA COSTA, I. G.; DUARTE, R. S. Responsabilidade Do Estado Na Efetivação Dos Direitos Sociais: Uma Perspectiva Pós-Pandemia Através Da Teoria Da Justiça De Rawls. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 16, n. 2, p. 463–483, 2021.

JUCÁ, Francisco Pedro; KNOERR, Fernando Gustavo; MONTESCHIO, Horácio. Direitos Humanos e inclusão social. *Revista Jurídica*. V. 4, n. 53, Curitiba, 2018, p. 478-507.

<https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3270/371371778>

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: livraria do advogado, 2006.

LIMA, J. N.; CAMBI, E. Constitucionalismo inclusivo: o reconhecimento do direito fundamental à inclusão social. Revista de Direito Privado (São Paulo), v. 15, p. 11-36, 2014.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do sul**, Porto Alegre, n. 55, 2005.

NUNES JUNIOR, VIDAL SERRANO. A cidadania social na Constituição de 1988: Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 62-71

OCAMPO, José Antonio. Desenvolvimento econômico e inclusão social. In: Mayra Buvinic et al. Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina. Rio de Janeiro: Elsevier: Washington [Estados Unidos]: BID, 2004, p. 33-40. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Inclus%C3%A3o-social-e-desenvolvimento-econ%C3%B4mico-na-Am%C3%A9rica-Latina.pdf>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>

Oxfam Brasil. Relatório A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras, 2017. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/a-distancia-que-nos-une/>

RUA, Maria das Graças. Políticas públicas. 3ª ed., Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2014, p. 33-52 e 61-118. Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/401317/1/PNAP%20-%20Modulo%20Basico%20-%20GP%20-%20Políticas%20Publicas%20-%203ed%202014%20-%20GRAFICA%20atualizado.pdf>

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 280-284.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 21, 2012.

SANTIN, Valter Foleto. Controle judicial da segurança pública: eficiência na prevenção e repressão ao crime. 2ª ed., São Paulo: Verbatim, 2013.

SANTIN, Valter Foleto. Serviço público e direitos humanos. In: Revista Paradigma. Ribeirão Preto SP, a. XXIV, v. 28, n. 2, p. 134-153, 2019.

SODRÉ, J. I. L. Direitos sociais e políticas públicas: A dificuldade de efetivação. **Revista de Direito**, v. 7, n. 02, p. 235–254, 2016.

STRECK, Lenio. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p 33-60.

ENTRE O DIVINO E O MONSTRUOSO: APROXIMAÇÕES SOBRE A TEORIA QUEER E A TEORIA CRIP NO BRASIL

Luiz Felipe Silva e SANTOS¹
Angélica Ferreira de FREITAS²

RESUMO

Este artigo parte da análise sobre o que pode um corpo na busca de refletir acerca das construções normativas de regimes de inteligibilidade que determinam quem é reconhecido como sujeito de direitos. As teorias abordadas trazem à cena corpos historicamente marginalizados e deslegitimados diante da corponormatividade construída como um ideário das sociedades contemporâneas. A partir de levantamento bibliográfico do atual estado da arte sobre o arcabouço, se firma um diálogo com autoras e autores que refletem essas vertentes, de modo que a pesquisa apresentada articula os aportes da teoria *queer* e da teoria *crip* para pensar as intersecções entre deficiência, sexualidade e gênero. O objetivo central do artigo é compreender como os discursos jurídicos e biomédicos participam da exclusão de corpos considerados abjetos, monstruosos ou inumanos, ao mesmo tempo em que esses corpos constroem estratégias de resistência e modos singulares de subjetivação. Com base em um percurso crítico-teórico, propomos “aleijar” o direito e a psicologia, isto é, tensionar suas bases normativas, como forma de subverter os dispositivos de normalização que sustentam práticas de exclusão e violência. Ao reunir perspectivas *queer* e *crip* no contexto brasileiro, conclui-se que ampliar os horizontes de análise sobre corpos dissidentes é afirmar a potência política de suas existências, tirando eles da sombra e colocando-os como sujeitos de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: corpo, abjeção, teoria *queer*, teoria *crip*.

ABSTRACT

This article begins with the question of what a body can do, aiming to reflect on the normative constructions that define the boundaries of the human and the regimes of intelligibility that determine who is recognized as a subject of rights. The theories addressed bring to light bodies that have been historically marginalized and delegitimized by the corporeal normativity constructed as an ideal in contemporary societies. Based on a bibliographic review of the current state of the art, the research engages in dialogue with scholars who contribute to these theoretical frameworks. It articulates insights from queer theory and crip theory to explore the intersections of disability, sexuality, and gender. The main objective is to understand how legal and biomedical discourses participate in the exclusion of bodies considered abject, monstrous, or inhuman, while also examining how these bodies develop resistance strategies and unique modes of subjectivation. Through a critical-theoretical lens, the article proposes to crip law and psychology, that is, to challenge their normative foundations as a way of subverting the mechanisms of normalization that sustain exclusionary and violent practices. By bringing together queer and crip perspectives within the Brazilian context, the article concludes that expanding the analytical horizon on dissident bodies affirms the political power of their existence by bringing them out of the shadows and recognizing them as subjects of rights.

KEYWORDS: body, abjection, queer theory, crip theory.

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Jataí (UFJ); Bolsista da CNPq; Pesquisa Gênero, Sexualidade e Representação Política; luizfelipesilvaesantos@gmail.com.

2 Mestranda em Direito sob área de concentração em Direito e Desigualdades Sociais, pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Jataí (PPGD-UFJ); Bolsista CAPES; Pesquisadora de Gênero, Deficiência e Marxismo-Feminista; angelicaferreiraafreitasufj@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Este escrito assume como ponto de partida a indagação de Spinoza (2009): “o que pode um corpo?” Mais do que uma provocação introdutória, o questionamento é mobilizado não em referência ao corpo idealizado, funcional e normativo, construído dentro dos padrões capitalistas, mas aos corpos que denunciam as fissuras, insuficiências e as instabilidades dessas normas. Trata-se, nesta pesquisa, de entender os corpos que habitam os limites do inteligível, sendo historicamente posicionados como inumanos, monstruosos e desviantes. Em outras palavras, trata-se de interrogar as condições de produção do abjeto – aqueles corpos cuja existência contesta os parâmetros de reconhecimento instituídos.

A pergunta spinozista provoca uma reflexão crítica ao modo como as normas operam para constituição do que pode ser um corpo, uma vida e um sujeito; sobre como os regimes de inteligibilidade determinam, na atualidade, quais vidas importam, são dignas de serem vividas e quais corpos são reconhecidos como sujeitos de direitos. Para Butler (2002), viver em um corpo marcado pela recusa dos códigos dominantes de inteligibilidade significa habitar as zonas limítrofes da ontologia – espaços definidos pela abjeção e exclusão. Esses corpos não apenas sofrem com o apagamento social e institucional, mas são constantemente silenciados e suas existências, questionadas.

De acordo com França e Martins (2019), a recepção de uma criança com deficiência era interpretada de formas ambíguas, mas intimamente atravessadas por concepções religiosas. Em certos cenários cristãos, era compreendido como punição divina: um castigo aos pecados cometidos por algum familiar, que deveria suportar a deficiência como forma de expiação. Em outras culturas, essa mesma experiência era compreendida como sinal de dom ou benção que distinguia um determinado núcleo familiar dos demais. Nesse sentido, a deficiência transitava entre o melhor do céu e o pior do inferno.

No entanto, essa duplicidade não é exclusiva da deficiência. Aquilo que escapa à norma comumente tende a carregar a tensão entre o sublime e o abjeto. O desviante, por vezes, é investido de uma aura mística acompanhada de medo, repulsa e desumanização. Nessa cena, o sujeito com deficiência pode ser tanto objeto de veneração quanto representação do que há de mais perturbador na ordem social.

À vista disso, este artigo propõe analisar as interseções entre deficiência, gênero e sexualidade por meio de um percurso teórico que articula a teoria *queer* e a teoria *crip*, reconhecendo que não se trata apenas de múltiplas formas de exclusão, mas de operações de poder que se fundam mutuamente e normativamente operando na constituição dos corpos e dos sujeitos. A

intenção é compreender como os regimes discursivos – jurídicos e biomédicos – produzem certos corpos como “anormais”, como efeito da iterabilidade performativa da norma. Essa investigação parte do suposto que esses dispositivos são herdeiros de um legado racial e colonial, capaz de informar o modo como certos corpos são capturados como desviantes da ontologia social historicamente contingente. Ainda, examina-se as estratégias de resistência exercidas pelo corpo abjetificado, as formas como se constitui politicamente desorganizando os regimes normativos que são submetidos (Mello, 2014; Butler, 2008).

A lacuna de pesquisa se molda a partir da compreensão da monstrosidade ligada às formas dissidentes de sexualidade e às pessoas com deficiência. Ao serem incorporadas e capturadas pelos discursos jurídico e médico são enquadradas como um problema que reside nos corpos individuais, algo que começa e termina nos corpos, resultante de alguma condição patológica, evidenciada pela perda ou alteração de determinada estrutura física ou função cognitiva. No entanto, a figura do monstro jurídico ou clínico não é apenas do sujeito que desafia a norma, mas revela um elemento constitutivo do sistema normativo ao tornar evidente seus próprios limites de normalidade (Foucault, 1999). Nesse sentido, a monstrosidade não é exterior à lei, mas produzida para justificar a sua própria existência.

Portanto, a figura relativa ao monstro não contradiz a lei, mas se constitui como efeito da norma ao buscar afirmar e estabelecer seus limites. Com efeito, a monstrosidade não é apenas uma infração, mas aquilo que revela os limites do funcionamento da sua imposição; é a maneira como torna visível aquilo que se pretende excluir para afirmar sua legitimidade. Assim, a monstrosidade opera como instrumento justificador para o fortalecimento da ampliação de mecanismos de controle e monitoramento social. A visibilidade excessiva a que são submetidos, marcada pela presença de olhar de curiosidade e repugnância, é um dos modos de operação da norma: expostos, não são apenas punidos ou excluídos, mas reafirmam a normalidade dos corpos que vigiam.

Goffman (1988) nos alerta que o estigma não está no corpo em si, mas nas relações sociais que organizam uma hierarquia de atributos descreditáveis, iniciando-se com a sexualidade e a deficiência, que ele denomina como “abominações do corpo”. A estigmatização, nesse sentido, é um processo de julgamento social que retira os corpos dissidentes do abrigo da normalidade para lançá-los ao centro da exposição. Nessa perspectiva, Garland-Thomson (2009) tece seu raciocínio sobre como a padronização da aparência no mundo moderno transforma a particularidade em aberração, enquanto o corpo “proto-normal” é promovido à condição de autêntico e legítimo.

Ao lado do estigma, os entendimentos de abjeção, desenvolvidos pela teoria *queer* e pela teoria *crip*, contribuem para desnudar como a rejeição de certos corpos não deriva apenas do enquadramento como “biologicamente inaceitável”, mas por não corresponderem às expectativas

normativas que sustentam a corponormatividade capitalista (Mello, 2014). O ideal corporificado de humanidade institui um padrão corporal que exige sua iteração contínua através da produção e do repúdio ao abjeto. Assim, corpos deficientes, trans, gordos ou negros são duplamente percebidos como extraordinários (o divino) e ameaçadores (o monstruoso), como aquilo que deve ser contido e, concomitantemente, explorado.

O corpo abjeto não se constitui meramente como objeto de violência, mas é território de disputa simbólica e política. A subjetivação não pode ser limitada ao processo de submissão às normas, mas se revela profundamente ambivalente: se as normas produzem o sujeito, este último é dotado de agência, capaz de reconfigurá-las, subvertê-las, invertê-las e ressignificá-las. Nesse sentido, a resistência aparece como ato de insurgência, mas como condição inerente à vida desigualmente precarizada: persistir mesmo sem a segurança do reconhecimento.

Conclui-se que, ao mobilizar as contribuições da teoria crip, entendida como a “teoria *queer* da deficiência” (Mello, 2014), este artigo “aleija” as estruturas sociais, ou seja, tensiona suas premissas normativas para desestabilizar os dispositivos que sustentam práticas de exclusão, violência. De forma que entender os aportes da teoria *queer* e *crip* no contexto brasileiro amplia os horizontes de análise sobre os corpos dissidentes e afirma a potência política de suas existências, ao produzir uma nova gramática do corpo, do desejo e da política.

2 ENTRE OS REGIMES DE INTELIGIBILIDADE E A PRODUÇÃO DO ABJETO: A GRAMÁTICA DA EXCLUSÃO E O DIREITO DE APARECER

Inicialmente, importante se faz compreender como a noção de gênero se estabelece e opera como um dispositivo que tanto constrói e naturaliza as ideias de masculinidade e feminilidade quanto pode ser utilizado para questionar e desestabilizar essas mesmas categorias (Butler, 2014, p. 253).

De acordo com Foucault (1999a), as normas não existem como entidades naturais ou prévias ao discurso, mas a noção de normalidade ou anormalidade resulta de uma produção histórica através de práticas discursivas e regimes de poder-saber. Em outras palavras, o discurso produz os seus critérios de normalidade e anormalidade através de suas práticas, instituições, saberes e linguagens. Conclui-se, portanto, que inexistente uma esfera pré-discursiva do sujeito, mas a emergência de um sujeito como efeito do que é dito, regulado, classificado e hierarquizado.

Em relação às normas de gênero, elas cercam sociabilidade humana antes mesmo da chegada ao mundo, e no curso da vida, produzem uma série de cenas de interpelação e constrangimento que exigem a sua iterabilidade. Assim, influenciam na forma como se desenha nossa constituição corporal e modos de existir. Nesse sentido, as normas não são apenas efeitos do

discurso, mas os próprios sujeitos são constituídos pela repetição desses discursos normativos.

No entanto, uma das qualidades de um regime normativo é o seu efeito de verdade: a sua repetição performativa, seu reforço contínuo e a sua administração por diferentes instituições de poder-saber motivam a naturalização da teia normativa. Ao observar a sua operação e funcionamento, ela pode não parecer uma norma, mas um pressuposto invisível, uma evidência que sustenta um ponto de partida inquestionável e incontornável. Se esse é o território de saber que se parte para compreender e abarcar o mundo, o seu efeito assume um caráter igualmente punitivo e excludente: o que escapa da norma é punido e silenciado (Foucault, 1999b).

Entretanto, se um dos elementos que promovem a consolidação de um regime normatizado é precisamente a sua condição iterável, a repetição e citação da norma revelam a qualidade intrinsecamente instável, atravessada por disputas, resistências e ambivalências constitutivas que denunciam a inexistência de estabilidade histórica suscitada. A repetição contínua a torna suscetível de deslocamentos, falhas, e subversões, de forma não somente a reforçar esse sistema normativo, mas a desafiar e reconfigurar suas imposições, já que a repetição performativa é essencial à sua manutenção (Butler, 2018, p. 36–38).

Por conseguinte, ao se deparar com corpos que não consegue absorver ou regular, o regime normativo produz o lugar de sua dissidência e subalternidade. Não se trata de uma escolha consciente ou plena de uma identidade que se antecipa à norma, mas de um lugar que é propriamente produzido através dela e inscrito no sujeito através da cena de interpelação (Butler, 2020). Nesse sentido, a dissidência é um efeito do regime normativo que pretende capturar e estabilizar a noção do ser humano. Longe de ser uma expressão voluntária ou mera repetição, o caráter performativo das normas revela as suas falhas, sua incapacidade de abarcar a pluralidade de formas de viver a vida corporificada.

Se todo poder que se impõe é acompanhado pela sua resistência, é precisamente nessa margem de liberdade fornecida pela imposição que se produz fissuras capazes de rearticular o gênero, o corpo e o reconhecimento. A performatividade esmiúça o poder do discurso na constituição dos sujeitos, questionando os critérios de como determinados corpos são reconhecidos como humanos, ou não, a partir dos parâmetros sociais vigentes (Butler, 2014, p. 253).

Nesse entrecruzamento inscreve-se perspectiva biomédica, historicamente comprometida com a produção de narrativas que relacionam certos corpos a desvantagens sociais, o que operou como justificativa para intervenções terapêuticas, correções ou tentativas de cura dos corpos desviantes, baseadas na sexualidade e nos padrões corporais que avaliam a funcionalidade, e em classificações da condição patológica do que não se aplicava às normas de gênero e sexualidades, e sobretudo das deficiências que orientaram os saberes médicos (Amato; Carvalho; Gesser, 2022).

O discurso médico, em aliança ao religioso e jurídico, não apenas classificou o homossexual como doente, pecador ou criminoso, mas o constituiu como tal. Esses discursos operaram performativamente na produção e no estabelecimento de corpos abjetos, organizando os quadros de inteligibilidade do humano. O que foi configurado como doença, perversão ou crime consiste precisamente no resultado de práticas discursivas que moldam os termos nos quais um corpo é reconhecido como humano ou abjeto.

No caso específico da sexualidade, considerada um dispositivo central na sociedade contemporânea, sua formação remonta ao século XVIII. Sua atuação não se limitou à imposição de leis, mas se concretizou por meio de técnicas de poder variadas, adaptáveis e situacionais. Ao mesmo tempo em que houve, por um lado, uma ampliação do discurso sobre o que era visto como indecente, e, por outro, um controle rigoroso sobre o que se poderia dizer, fazer e onde se poderia abordar o sexo. Esse dispositivo teve como finalidade o controle dos corpos, a gestão dos prazeres, das sensações e das populações (Oliveira, 2021, p. 04).

Nesse entroncamento, o capitalismo e o sistema jurídico se desenvolveram paralelamente, ao mesmo tempo em que contribuíram para consolidar uma nova configuração histórica. O biopoder teve um papel essencial nesse processo, pois possibilitou a submissão dos corpos e das populações às dinâmicas econômicas. Com esse objetivo, o campo jurídico passou a exercer uma função ainda mais determinante (Oliveira, 2021, p. 6).

A análise do quadro de inteligibilidade adquire contornos ainda mais contundentes quando se considera que o regime de gênero binário deriva de uma constituição histórica de uma tecnologia de poder racializada e colonial. A colonialidade do poder não apenas produziu os sujeitos, como os organizou, hierarquicamente, para a construção de critérios de reconhecimento da humanidade. De acordo com Lobo (2015), no cenário brasileiro, os corpos indígenas foram descritos nos relatos de bordo como selvagens e monstruosos, produzidos como figuras da desordem moral a serem corrigidas e normatizadas. Semelhantemente foram enquadrados os corpos pretos, cuja subjetividade foi apagada no processo de escravização e racialização. Esse regime racial estabeleceu e impôs normas cristãs, patriarcais e heteronormativas destinadas a regular os corpos pelo discurso biológico, impossibilitando as formas de organização da vida, do parentesco e da sexualidade prévias ao período colonial.

Conclui-se que o sistema sexo-gênero não é uma estrutura natural e universal, mas resulta de uma construção histórica associada ao legado colonial, que instituiu como norma de humanidade um sujeito específico: o homem branco, heterossexual, europeu e burguês. A naturalização da diferença sexual é, na verdade, uma síntese de práticas sociais que produziram o corpo como binário, excluindo e subalternizando o que não se adequasse. Nesse sentido, Bento (2023)

argumenta que:

As mulheres e homens escravizadas/as, embora tivessem a mesma aparência de gênero, a mesma morfologia que as pessoas livres, não entraram para o regime da diferença sexual. Nos textos escritos pelos colonizadores sobre as pessoas negras, pode-se notar que a diferença sexual aqui é transfigurada em pura bios, força biológica consumida na esfera produtiva e não qualificava esses corpos a habitarem o mundo dos homens e das mulheres. O dimorfismo nunca foi universal (Bento, 2023).

No regime de poder colonial, os corpos escravizados não eram compreendidos como sujeitos de gênero. Bento (2023) argumenta que mesmo que as configurações corporais apresentassem certas semelhanças morfológicas entre o corpo negro e branco, o reconhecimento simbólico de homem ou mulher, nos moldes da diferença sexual, não lhes era conferido. O elemento de fato relevante era a sua força produtiva, fundamental para a exploração e negociação do sistema escravagista. A diferença sexual não operava como um marcador de identidade, mas como um dispositivo econômico: o corpo capaz de produzir riqueza e reproduzir. No passado colonial brasileiro, o corpo racializado não foi contemplado pelo dimorfismo sexual. Nesse sentido, Butler aponta que:

O gênero aqui só chega com a branquitude. Fora das normas da branquitude, os corpos tornam-se carne, indiferenciados e desprovidos de gênero, propriedade potencial cujo valor de mercado será determinado na chegada ao porto, no leilão, para os corpos que sobreviverem à travessia (Butler, 2024, p.239).

Com efeito, o reconhecimento simbólico do sujeito como homem ou mulher, nas colônias, estava condicionado à satisfação de um requisito prévio: ser humano. As mulheres negras não foram abrangidas pela ordem simbólica feminina, mas eliminadas para fora dela (Bento, 2023). Enquanto o gênero foi conferido às mulheres brancas, para mulheres negras ele se tornou um campo de reivindicação para que o reconhecimento de sua condição humana fosse possível.

Conforme Lobo (2015), os traços de monstruosidade atribuídos aos povos originários foram, ao longo do tempo, estendidos aos negros escravizados – cujos corpos, muitas vezes, nem sequer eram reconhecidos como plenamente humanos, que não tinham alma – e às pessoas com deficiência, que eram retratadas como deformidades indesejadas, associadas à feiura, à improdutividade e à marginalidade, todos dignos de serem descartados (Lobo, 2011, 2015).

Nesse processo de classificação e exclusão, também foram alvejados corpos que se afastam dos padrões normativos de gênero e sexualidade, como intersexos, sodomitas, onanistas e mulheres que não se adequaram aos comportamentos considerados aceitáveis para o feminino (Amato; Carvalho; Gesser, 2022). Dentro desse regime, qualquer desvio dos padrões estabelecidos era entendido como monstruosidade, tornando os sujeitos dissidentes alvos de punição, exclusão e até eliminação, ou seja, alvos de estigmas estabelecidos pelos outros (Amato; Carvalho; Gesser, 2022). A diferença está nas "tecnologias de gênero" que utilizam formas diferentes de tornar o gênero

visível e vivido (Oliveira, 2026, p. 125).

A produção de corpos abjetos não se dá de forma isolada, mas está articulada ao sistema sexo-gênero-desejo colonial, que operou através de dicotomias rígidas (como macho/fêmea e homem/mulher) e sustentado por uma lógica heteronormativa e monogâmica (Lugones, 2014). A crítica decolonial evidencia que essas classificações não são neutras ou espontâneas, mas compõem um projeto político de organização das corporalidades segundo os interesses da modernidade colonial. A nomeação do desvio é, portanto, uma técnica de poder que distribui reconhecimento e produz sujeições.

A produção das subjetividades dissidentes é acompanhada de um regime ético que naturaliza a violência. A clínica, a igreja e o tribunal não são apenas instituições repressoras: são espaços institucionais que incitam o sujeito a narrar seu desejo segundo os termos da cura, da penitência ou da punição (Foucault, 1999a). A vigilância, nesse contexto, não é apenas um mecanismo externo, mas uma interiorização das normas que regulam o desejo e o corpo. O sujeito passa a vigiar-se a si mesmo, antecipando a condenação, desejando de forma culpada, confessando para existir (Foucault, 1999b). A abjeção, portanto, não é um acidente da norma, mas o modo como ela se sustenta, excluindo certos corpos do domínio do reconhecimento ao mesmo tempo em que os produz como seus efeitos necessários.

Nesse sentido, a soberania não deixou de exercer o poder de matar, mas operou, manteve e o fez coexistir com as formas de gestão, regulação e valorização da vida. O que se observa é uma articulação entre o poder de matar — ainda presente e mobilizado — e um novo regime biopolítico que atua por meio da administração da vida, de sua utilidade social e de sua normatização, de forma a atribuir valor e utilidade à vida dos indivíduos. Assim, tornou-se fundamental estabelecer critérios de qualificação, medição, avaliação e hierarquização das pessoas. Nesse cenário, o aparato jurídico passou a se articular com instituições voltadas ao controle e à regulação, como as áreas da medicina, da administração e da educação. De acordo com Foucault (1999a, p. 135), essa configuração histórica, chamada por ele de “sociedade normalizadora”, resulta de uma tecnologia de poder que tem como foco a vida.

A existência de esquemas de inteligibilidade cultural revelam que a condição do reconhecimento não corresponde a uma potencialidade do indivíduo humano, mas opera como uma norma histórica capaz de definir quem é reconhecível como humano. De acordo com Butler (2019), o reconhecimento é compreendido como um ato exercido por dois sujeitos, sendo eminentemente relacional, mas que está condicionado ao esquema histórico que define a abrangência e os limites daquilo que pode ser visto e reconhecido.

Nessa perspectiva, o sujeito, ao aparecer na cena de reconhecimento, está previamente

enquadrado, ou seja, a forma como será compreendido é previamente estabelecida por regras, valores, pressupostos e expectativas sociais diversas que condicionam a interpretação da sua existência. Precisamente, esses pressupostos ontológicos conferem os modos de inteligibilidade que favorecem a operação da ética da violência, compreendida como a produção de um conjunto de justificativas capazes de legitimar a morte daqueles que não são reconhecidos como relevantes para a constituição subjetiva do eu na cena de reconhecimento.

Logo, se o reconhecimento apenas confirma os termos previamente estabelecidos de humanidade, há apenas a reprodução da violenta matriz de legibilidade, na qual o abjeto é mantido à margem para preservar o regime normativo.

O enquadramento está intimamente ligado às tecnologias de regulação que definem quem merece e quem não merece viver a partir de uma seleção de responsabilidade ética (Butler, 2021). No âmbito da violência ética, se uma determinada forma de vida não é reconhecida como viva, produz-se justificativas éticas para a produção da violência contra aquele corpo. Consta-se, portanto, a gestão da morte como efeito contundente de sua seletividade: é uma forma existencial que não merece prosperar, logo, cria-se um cenário em que essa vida está fadada ao perecimento.

O efeito jurídico dos quadros de inteligibilidade cultural é o reconhecimento de quem pode ser reconhecido como sujeito de direitos, aquele cuja vida é reconhecida como digna de ser vivida, protegida e sustentada. Trata-se do estabelecimento de um compromisso pautado na ética da responsabilidade: a obrigação de fornecer condições para que uma forma existencial possa prosperar (Butler, 2019).

No entanto, se um conjunto de vidas não são reconhecidas como vidas e estão submetidas a uma ética da violência, como ter sua condição precária reconhecida e se tornar um sujeito de direito – não apenas na acepção formal do termo, mas em seu sentido substancial? Butler (2015) argumenta pelo exercício performativo do direito de aparecer como um elemento essencialmente contestatório, capaz de produzir efeitos sobre os quadros de inteligibilidade. Nesse sentido:

Do meu ponto de vista mais limitado, quero sugerir somente que quando corpos se juntam na rua, na praça ou em outras formas de espaço público (incluindo os virtuais), eles estão exercitando um direito plural e performativo de aparecer, um direito que afirma e instaura o corpo no meio do campo político e que, em sua função expressiva e significativa, transmite uma exigência corpórea por um conjunto mais suportável de condições econômicas, sociais e políticas, não mais afetadas pelas formas induzidas de condição precária (Butler, 2015, p. 170).

A noção de “direito de aparecer” dialoga criticamente com a concepção arendtiana de espaço público e ação política. Para Arendt (2007), o espaço de aparecimento é aquele em que os sujeitos se tornam visíveis uns para os outros através da fala e da ação, constituindo o campo político. No entanto, o espaço não está dado previamente, mas emerge da ação plural e relacional

entre corpos que se expõem mutuamente na arena pública. Entretanto, para Butler (2015), a formulação arendtiana tende a desconsiderar as condições materiais e corporais que sustentam a possibilidade mesma do aparecimento. Ou seja, ignora que o surgimento político do sujeito depende de suportes – econômicos, institucionais e sociais – que viabilizam ou impedem o seu reconhecimento como agente político.

Nessa perspectiva, Butler (2015) propõe que o direito de aparecer não se limita a uma liberdade formal de participação política, mas envolve a luta por condições concretas de existência e visibilidade. Trata-se de um direito performativo, que só existe quando exercido, e quando exercido por corpos que se colocam em cena, muitas vezes em contextos de exclusão e precariedade.

Essa ação política, ao reunir corpos precarizados em aliança, não apenas reivindica a entrada em um espaço público previamente estabelecido, mas produz esse espaço ao interpelar os marcos normativos que delimitam quem pode ser reconhecido como sujeito legítimo. Assim, o direito de aparecer atua sobre os quadros de inteligibilidade, desestabilizando as fronteiras entre o que é considerado real, visível e humano, e aquilo que é descartado como irreal, monstruoso ou abjeto.

Com efeito, o aparecimento coletivo de corpos historicamente excluídos revela a instabilidade das categorias ontológicas que organizam o reconhecimento social e jurídico. Ao ser exercido na cena pública, o direito de aparecer conduz a uma reformulação dos critérios que definem quais vidas são reconhecíveis, protegidas e dignas de direitos.

3. TEORIA QUEER E A DESCONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE: DO INSULTO À LUTA POLÍTICA

Viver em um corpo que não é adequadamente reconhecido socialmente pode significar enfrentar uma vida de ofensas, abusos, assédios, exclusões culturais, precarização econômica, violências das mais diversas possíveis. Essas experiências se movem diante de uma existência marcada pela invisibilidade e desumanização, que pode ser definida como uma vida à margem, como se fosse um espectro, e não um sujeito pleno (Butler, 2010, p. 205). A mesma ideia construída no início desta pesquisa, do divino ou do monstruoso, seja qual narrativa impactar melhor, ela será comprada e vendida, repetidas vezes, até se tornar uma verdade socialmente aceita.

Em *Excitable Speech* (2021), Butler propõe refletir acerca do insulto não como um ato individual de agressão verbal, mas como um mecanismo que opera na constituição e na produção do sujeito. Nesse sentido, não se trata apenas de uma mera ofensa proferida entre indivíduos, mas uma forma enunciativa que carrega consigo um histórico de normas e exclusões, inscrevendo

discursivamente o sujeito em uma posição subalternizada ou de abjeção. Nesse sentido, Butler aponta que “discourse has a history that not only precedes but conditions its contemporary usages, and that this history effectively decenters the presentist view of the subject as the exclusive origin or owner of what is said” (2020, p.19)

Nessa perspectiva, os termos como “*queer*”, “*bicha*”, “*sapatão*” operam como marcas de exclusão, capazes de revelar o poder da linguagem na repetição das normas e da violência do regime heteronormativo. Segundo Miskolci (2007, p. 2), “o termo inglês *queer* é antigo e tinha, originalmente, uma conotação negativa e agressiva contra aqueles que rompiam normas de gênero e sexualidade”, assim, quando se joga luz sobre a teoria *queer*, passa-se a estudar aqueles que desafiam as formas tradicionais de categorizar os sujeitos, rejeitando a ideia de que os indivíduos possam ser agrupados em categorias binárias, fixas e universais.

O *queer*, portanto, não é uma defesa da homossexualidade, é a recusa dos valores morais violentos que instituem e fazem valer a linha da abjeção, essa fronteira rígida entre os que são socialmente aceitos e os que são relegados à humilhação e ao desprezo coletivo. [...] O *queer* busca tornar visíveis as injustiças e violências implicadas na disseminação e na demanda do cumprimento das normas e das conversões culturais, violências e injustiças envolvidas tanto na criação dos “normais” quanto dos “anormais” (Miskolci, 2017, p.27-28).

Nesse sentido, *queer* não se tratava de um novo rótulo fixo, mas de uma posição política e epistemológica que desafiava as categorias identitárias convencionais, denunciando os mecanismos de exclusão e reivindicando a multiplicidade das existências dissidentes (Miskolci, 2017). Por estar fora dos limites de inteligibilidade heterossexual, havia uma margem de tolerância, de aceitabilidade. A gramática da sexualidade respeitável demandava por uma certa correspondência às normas que regulam o corpo. Portanto, imputar a um sujeito a identidade *queer* seria identificá-lo como abjeto, atacá-lo por sua identidade sexual desviante, denunciar a anormalidade social que precisa de ser destruída. Nesse sentido, aponta Van Pelt (2022):

(...) estamos falando das práticas radicais de exclusão, dos processos profundos de marginalização, da “monstrualização” de sujeitos e modos de vida, da ininteligibilidade de determinadas vivências construídas por um sistema gramatical que sempre será limitado (Van Pelt, 2022, p.41).

Dessa forma, o abjeto emerge como efeito dos mecanismos de exclusão que acompanham a nomeação insultuosa: é aquilo que, ao ser expulso da esfera de inteligibilidade, delinea os contornos do sujeito normativo. O corpo abjeto, monstruoso e *queer*, é aquele cuja existência não apenas desafia as normas, mas cuja presença é necessária para a produção do humano reconhecível, digno de luto e reconhecimento (Butler, 2019, p. 102). A distribuição diferencial de reconhecimento revela-se, assim, como uma tecnologia de poder que não apenas regula a vida, mas fabrica precariedades, reiterando a desumanização e a subalternização de corpos que insistem em existir

fora das formas autorizadas de subjetivação (Foucault, 1999b). Nesse regime de inteligibilidade, o estigma se inscreve como marca social da diferença inassimilável, desqualificando identidades e reforçando os limites do que pode ser considerado normal ou aceitável.

Nesse contexto, o estigma se caracteriza como efeito concreto da normatividade ao desqualificar certas identidades e relegar sujeitos à marginalidade social. Para Mueller, Reyes e Mello (2024, p. 353), “O estigma é uma situação atribuída a um indivíduo a partir de algo vinculado à sua identidade que potencialmente o desqualifica e o impede de ser aceito de maneira plena pela sociedade”. Sendo assim, os estigmatizados na sociedade das normas e padrões valorativos são colocados na margem social, renegados.

No cerne do significado, o termo *queer* carrega também a ideia de deslocamento, desvio ou ruptura em relação a uma origem estável e permanente. Recentemente, as reflexões sobre gênero desenvolvidas na América Latina vêm promovendo releituras críticas das epistemologias de gênero oriundas de países centrais, operando precisamente por meio de desvios conceituais para abordar as dissidências sexuais e de gênero a partir da perspectiva do sul global (Valencia, 2023, p. 20). Um exemplo marcante dessa estratégia é a apropriação do termo *cuir* como alternativa à grafia original *queer*:

O abjeto designa aqui precisamente aquelas zonas ‘não-vivíveis’ e ‘inabitáveis’ da vida social que, não obstante, são densamente povoadas por aqueles que não alcançam o estatuto de sujeito, mas cujo viver sob o signo do ‘inabitável’ é necessário para circunscrever o domínio do sujeito. Essa zona de inabitabilidade vai constituir o limite que circunscreve o domínio do sujeito; ela constituirá esse lugar de pavorosa identificação contra a qual - e em virtude da qual - o domínio do sujeito circunscreverá sua própria reivindicação por autonomia e vida (Butler, 2019, p. 22).

A substituição da letra “q” por “c” não é meramente ortográfica: ela afirma um posicionamento político e geográfico específico, inscrevendo o discurso em corpos e territórios do sul, e expressa uma política linguística de resistência e solidariedade entre sujeitos LGBTQIAPN+ (Mueller; Reyes; Mello, 2024, p. 352). Entre as discussões do próprio movimento e os enfrentamentos urgentes com o que está posto, dissecar as raízes de seus fundamentos e desbravar um campo de solo fértil à construção de uma nova forma de interpretar as opressões:

A Teoria *Queer*, como uma crítica sem sujeito (subjectless), foca em um amplo campo de normalização (WARNER, 1993) como locus de violência social, para as estruturas sociais hegemônicas que criam sujeitos como normais e naturais, por meio da produção de outros perversos ou patológicos. O *queer* mantém, portanto, sua resistência aos regimes da normalidade, mas reconhece a necessidade de uma epistemologia do abjeto, baseada em investigações interseccionais. Tais pesquisas sociológicas focariam nos processos normalizadores que resultam na criação das identidades e sujeitos subordinados. Este procedimento metodológico *queer* auxiliaria no rompimento com a antiga tendência sociológica de partir desses sujeitos já constituídos em pesquisas que, ao invés de colocar em xeque as forças sociais, terminavam por corroborá-las (Miskolci, 2009, p. 173).

Diante desse cenário de exclusão e desqualificação, a retomada do termo *queer* pelos

atacados demonstra a sua capacidade articulatória em termos outros, conferindo-lhe novos sentidos. A ressignificação do insulto assume um tom subversivo na medida que esvazia o teor inicial do ataque perpetrado. Se, ao nomear violentamente, a proposta era de subordinar e inserir simbolicamente o sujeito na esfera da margem e exclusão, ao assumir para si o significante de ataque e ressignificá-lo, sua intenção inicial era esvaziada assumindo um novo sentido. Ao se autodenominar bicha, viado ou sapatão, ocorre uma subversão da lógica depreciativa, transformando o sentido dessas palavras e ressignificando os efeitos que antes carregavam uma carga negativa.

Essa virada não nega a história do termo — pelo contrário, reconhece que seu significado é atravessado por uma trajetória discursiva que o excede. Como observa Butler (2020), os discursos não emergem no presente como criações puras do sujeito, mas são moldados por uma historicidade que os antecede e os condiciona. Assim, ao retomar uma palavra como *queer*, há também um gesto de subversão dessa própria história: politizar o desejo e a identidade, nesse caso, é justamente enfrentar o peso do passado normativo, torcendo-o a favor de novas possibilidades de existência e reconhecimento.

No entanto, a reapropriação do termo consiste em uma política que usa a identidade estrategicamente, mas sem se aprisionar a ela. No gesto de reivindicação de um termo historicamente utilizado como forma de agressão, há uma afirmação política da identidade ao passo em que se abre espaço para o questionamento e deslocamento.

Com efeito, reivindica-se uma identidade que possibilite o reconhecimento, aliança e resistência, mas essa identidade é submetida a uma constante interrogação, revelando sua instabilidade e seu caráter provisório, considerando sua constituição na contingência dos atos de fala e dos modos de vida (Butler, 2020). Logo, a identidade se torna um campo de disputa, não um destino teleológico. Nessa reviravolta, a luta que assume como ponto de partida a identidade pode também se converter em uma ação política contra os regimes que exigem identidades coerentes e estáveis, viabilizando formas plurais e livres de viver o corpo, o desejo e a subjetividade.

Entretanto, a construção de uma luta política efetiva, a partir da experiência do assédio e da ofensa, exige mais do que a afirmação de uma identidade. A utilização dos termos que produzem violência de forma performativa através de sua utilização como categorias de resistência revela como a injúria pode ser convertida e reutilizada como ferramenta política. Entretanto, Butler (2015) sugere que se a identidade pode ser compreendida como ponto de partida para o reconhecimento das violências dirigidas a certas formas existenciais, ela não deve ser mobilizada como fim da ação política. O reconhecimento da identidade como categoria politicamente útil, mas instável, permite deslocar o foco da política do ser para a política do estar com: um projeto de articulação entre

diferentes sujeitos precarizados. Nesse sentido, Butler (2015, p. 69) afirma que “a luta não se prende em uma identidade, mas se expande na medida em que ampliamos nossa concepção de ‘nós’”.

O deslocamento da política do ser para uma modalidade instável e frequentemente revisitada e ampliada do ‘nós’ insiste na urgência de construção de coligações políticas entre diferentes populações que compartilham de uma ordem social injusta comum:

Para que a luta pelos direitos das minorias sexuais e de gênero seja uma luta por justiça social, isto é, para que ela seja caracterizada como um projeto democrático radical, é necessário perceber que somos apenas uma das populações que têm sido, e continuam sendo, expostas a condições precárias e de perda de direitos (Butler, 2015, p.69).

A partir dessa afirmação, compreende-se que a luta por reconhecimento e reparação não pode estar retida em categorias identitárias rígidas; pelo contrário, torna-se mais potente quando se articula com outras formas de opressão, como o racismo, o colonialismo, a pobreza, a transfobia e o capacitismo.

Portanto, a condição precária não é apenas algo que marca o sujeito individualmente, mas constitui um campo relacional. A partir do reconhecimento de nossa própria vulnerabilidade, torna-se possível perceber e acolher a vulnerabilidade do outro. É nesse gesto ético e político de ampliação do “nós” que a identidade deixa de ser um mecanismo de exclusão e passa a operar como abertura para alianças transversais. A ação política efetiva, portanto, não reside em reforçar fronteiras identitárias, mas em criar formas coletivas de aparecimento e reivindicação que ultrapassem a lógica normativa que produz e distribui a precariedade de modo desigual. Em última análise, *queer* é sobre a aliança dos desalinhados: um catalisador de alianças que reconfiguram os próprios contornos do que se entende por justiça social e democracia radical.

4. A TEORIA CRIP E O ALEIJAMENTO DA NORMA

O termo *crip*, originado da palavra inglesa *cripple*, designa pessoas aleijadas. Em um primeiro momento, referia-se somente a indivíduos com deficiência física, mas seu uso foi modificado para reunir pessoas com deficiências sensoriais e intelectuais (Magnabosco; Souza, 2019, p. 6). Dessa forma, a expressão se apresenta como flexível e passível de transformação, pois pode ser adotada até por pessoas sem deficiência como uma forma de posicionamento político, semelhante ao uso e à aplicabilidade do termo *queer* (Miskolci, 2016).

Sendo assim, a Teoria Crip busca primordialmente romper com os binarismos, vistos como construções culturais e políticas hierarquizadas e não naturais. A teoria realiza uma ruptura crítica com o pensamento hegemônico, inclusive dentro dos próprios estudos *queer*. Seu propósito de base é o de desconstruir raízes normativas capacitistas que estruturam o conhecimento e a política,

promovendo um "aleijamento" simbólico das epistemologias dominantes (Magnabosco; Souza, 2019, p. 10).

Dentro dessa perspectiva, os corpos com deficiência, frequentemente enquadrados em regimes biomédicos e psicossociais voltados à normalização, são ressignificados por uma teoria que atua como resistência, questionando categorias como capacidade, autonomia, inteligência e produtividade. “Seu sentido inicialmente se dirigia contra aqueles que fugiam dos padrões corporais/funcionais e cognitivos” (Mello, 2014, p. 52).

Assim como o termo *queer*, a palavra *crip* carrega uma conotação intencionalmente forte, crítica e provocativa, que expressa o compromisso desse movimento em analisar e questionar os processos de normalização corporal, articulando uma crítica contundente aos sistemas opressivos estruturados pelo patriarcado e pela imposição da heterossexualidade compulsória (Mello, 2014, p. 60).

Historicamente, a caracterização de um corpo “capaz” tem sido mobilizada a partir de sua utilidade para o trabalho, especialmente no contexto de expansão do neoliberalismo. O corpo apto ao desempenho é o que responde aos esforços físicos demandados pelos sistemas de produção, sendo produtivo e disciplinado, atendendo funcionalmente à lógica econômica. Essa historicidade tem sido obliterada, fazendo com que a corponormatividade seja naturalizada e assuma contornos de uma formação disciplinar, semelhantemente à heterossexualidade compulsória (Magnabosco; Souza, 2019, p. 6). O corpo, pela derradeira vez, se torna moeda de troca para os regimes de poder que articulam sua produção e controle.

Nessa perspectiva, a deficiência não é uma condição puramente biológica, mas corresponde a uma construção cultural emergente a partir de dispositivos classificatórios destinados à normalização dos corpos. Essa engrenagem produz diferenciações, hierarquizações e marginaliza, ao estabelecer fronteiras entre o que é pertencente à norma e o que é estranho a ela. Assim como o gênero, a deficiência constitui um mecanismo de ordenação social, por meio do qual os sujeitos são constantemente avaliados e hierarquizados. Discutir deficiência, nesses termos, é também abordar as estruturas de poder que atravessam e controlam os corpos (Garland-Thomson, 2002).

Consequentemente, essa teoria, assim como a *queer*, retira o véu das falácias que rondam as capacidades de existir e viver, sejam nos corpos de pessoas com deficiência, sejam nos de minorias sexuais e de gênero. Esses sujeitos são considerados desviantes dos ideais normativos- como corpos monstruosos, que habitam e borram as fronteiras entre o humano e o inumano.

Segundo José Gil (2000), a figura do monstro permite a existência do humano, mas também simboliza um perigo para todas as regras e normativas sociais que se impõem como naturais e moralmente corretas. Em outras palavras, ao passo em que a monstrificação das figuras

do Outro institui o ideal humano (o normal, o inteligível), ela põe em xeque o que é considerado “natural” e descortina a norma como uma grande ficção. Novamente:

A abjeção ou repulsa que o corpo deficiente provoca nos “normais” afeta a relação com o outro e com o próprio corpo naquele que se sente diferente, [...] que se soma à exigência de encaixar o outro dentro de padrões hegemônicos antropométricos, fisiométricos e psicométricos, sendo ele exterminado ou segregado, apartado do convívio com os “perfeitos, belos e saudáveis” (Mello; Nuernberg, 2012, p. 644).

Nesse sentido, a construção social e cultural da deficiência não apresenta um distanciamento radical de outras formas de juízos deslocados no tempo que alicerçam e produzem a noção de humanidade. Dessa forma, o discurso biomédico foi um profundo catalisador do esvaziamento da capacidade politizadora das experiências de pessoas com deficiência, na medida em que suas dores e demandas foram individualizadas, reduzidas a aspectos funcionais centralizados quase exclusivamente na capacidade produtiva do corpo (Diniz, 2003).

A dimensão do cuidado foi alvo de negligência nas formulações iniciais da deficiência. Se a proposta original era centralizada sobre a autonomia produtiva, seu efeito foi a exclusão de corpos que seriam incapazes de atender ao mercado de trabalho de forma independente, considerando a organização excludente do mundo. A partir da década de 1990, críticas formuladas por pensadoras feministas, muitas delas mulheres com deficiência ou cuidadoras, impulsionaram uma revisão significativa desse modelo. Assim, emergiu uma segunda geração do modelo social, que passou a compreender o cuidado como um valor ético fundamental e a interdependência como princípio mais equitativo para pensar a igualdade e a justiça no campo de estudos sobre deficiência (Magnabosco; Souza, 2019, p. 2).

Esse deslocamento informa como as categorias “deficiência” e “capacidade” não são dados naturais, mas resultado de saberes moldados por construções discursivas que regulam e hierarquizam os corpos. Essa oposição binária entre deficiência e capacidade constituiu o ponto de partida da teoria *crip*, abrindo caminho para a compreensão da produção do corpo produtivo e funcional através de um dispositivo normativo que fabrica sujeitos a partir de sua exclusão. Nesse sentido, se a teoria *queer* questiona os regimes normativos que regulam a sexualidade e o gênero, a teoria *crip* tensiona os critérios que definem quem é considerado “capaz” ou “incapaz” (Garland-Thomson, 2009).

A partir da perspectiva *crip*, a separação entre deficiência e capacidade revela-se insustentável. A condição da deficiência não é excepcional, mas constitui a experiência humana. Dessa forma, a teoria *crip* desfaz a rigidez das fronteiras entre corpos deficientes e não deficientes, convidando-nos a reconhecer que todos habitamos, de algum modo, essa mesma condição. Com isso, rompe-se com a lógica excludente do “nós” versus “eles” ao reconhecer que todos os corpos

estão expostos à vulnerabilidade e à dependência, dimensões essas que correspondem a aspectos compartilhados da existência (Mello, 2014, p. 62).

Por fim, é possível compreender a deficiência não apenas como marca corporal ou categoria médica, mas como um processo de subjetivação. Em outras palavras, ela se constitui como modo de existência atravessado por relações de poder que incidem sobre os corpos e os fazem falar, se conduzir e se compreender a partir de determinados regimes de verdade (Foucault, 1999a). Assim, ao resistir ao estigma que a reduz à lesão ou à incapacidade, a vivência da deficiência revela o corpo não como objeto passivo de controle, mas como instância ativa na constituição do sujeito (Garland-Thomson, 2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou refletir sobre o predomínio de definições sobre os corpos, especialmente sobre o que pode ser reconhecido como um corpo sujeito de direitos, evidenciando as exclusões presentes nas intersecções entre deficiência, gênero e sexualidade. A partir das perspectivas da teoria *queer* e da teoria *crip*, procurou-se tensionar os regimes de inteligibilidade que classificam corpos dissidentes como abjetos, monstruosos ou inumanos, contribuindo, assim, para a reprodução das diversas formas de violência.

Nesse sentido, discutimos que gênero e deficiência não são uma categorias naturais, mas uma tecnologias normativas, cuja operação produz identidades na medida em que promove a constituição do sujeito reconhecível, a partir de critérios discursivos que estruturam o corpo, o desejo e a vida inteligível. O sistema sexo-gênero, ao se articular com dispositivos coloniais, raciais e capacitistas, constitui-se como um regime de produção de humanidade, hierarquizando existências e delimitando quem pode ou não ser reconhecido como sujeito de direitos.

Com efeito, a dissidência não emerge como elemento alheio e exterior à norma, mas é constitutiva e revela os limites e as possíveis fissuras para a subversão. Performatividade, ao expor a falibilidade e iterabilidade das normas, abre margem para a rearticulação crítica dos modos de existência, desestabilizando os enquadramentos que determinam o que é inteligível como vida, sujeito ou direito. A denúncia da violência simbólica e material que recai sobre corpos dissidentes, especialmente aqueles marcados pela racialização, deficiência ou não conformidade de gênero e sexualidade, revela a urgência de repensar os fundamentos sobre os quais se erguem os regimes de reconhecimento.

A partir de uma crítica radical à norma, não basta pleitear a mera integração desses corpos às estruturas normativas dominantes, mas reivindicar a desconstrução dos pilares coloniais, patriarcais, capitalistas e heteronormativos que sustentam as opressões interligadas à

corponormatividade. Nesse sentido, evidencia-se a potência política das existências dissidentes que resistem e inventam modos de viver e de subjetivar que capazes, em alguma medida, de desafiar as categorias fixas e hegemônicas de gênero, classe, raça e sexualidade. Esses corpos abjetos produzem saberes, afetos e estéticas que reinventam a vida e ampliam os horizontes de luta.

Reiteramos, assim, a contribuição das teorias *queer* e *crip* para desmontar a ideia essencialista de sexo e gênero, conforme destacam Butler e outros autores, ao demonstrar que o corpo não é uma realidade fixa e direta, mas uma construção mediada por imaginários sociais e culturais que o tornam inteligível dentro dos códigos heteropatriarcais. Essa mediação revela que o corpo, enquanto artefato social e político, constitui-se como campo de disputa, resistência e possibilidade de transformação.

Bem como esses corpos vivem em uma dicotomia entre o divino e o monstruoso, os céus e o inferno, o socialmente aceito e a transgressão de seu existir. Nesse ínterim, torna-se necessário "aleijar", isto é, tensionar e subverter as articulações entre direito, psicologia, medicina e outras instituições, a fim de romper com os dispositivos normativos que tornam possíveis e legitimadas práticas de exclusão e violência. Ampliar as análises a partir de perspectivas *queer* e *crip* no contexto brasileiro é fundamental para dar visibilidade e força política às identidades e corpos que, por suas singularidades e dissidências, desafiam os limites do que é considerado humano e merecedor de direitos.

Em última análise, cumpre reafirmar que a desnaturalização das identidades e a crítica às bases normativas que as sustentam não apenas revelam as injustiças estruturais, mas também iluminam a construção de futuros em que as diferenças sejam libertadas e em que as "monstras" possam viver plenamente, não mais como pesadelos a serem apagados, mas como potências que configuram o mundo sem precisar se esconder ou viver sob o eterno medo de serem consideradas insuficientes.

REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. A condição humana. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- AMATO, Bruna; CARVALHO, Lina Ferrari de; GESSER, Marivete. As teorias queer e crip no rompimento das epistemologias hegemônicas da Psicologia. *Revista Interamericana de Psicología / Interamerican Journal of Psychology*, v. 56, n. 3, p. 1–20, 2022. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/284/28473958007/html/>. Acesso em: 10 jul. 2025.
- BENTO, Berenice. *Transviad@s: Gênero, sexualidade e direitos humanos*. Salvador: EDUFBA, 2017.
- BENTO, Berenice. Seriam os dissidentes sexuais “monstros” domesticados?. *Outras Palavras*, 2023. Disponível em: <https://outraspalavras.net/eurocentrismoemxeque/seriam-os-dissidentes->

sexuais-monstros-domesticados. Acesso em: 29 jul. 2025.

BUTLER, Judith. *A força da não violência*. Boitempo Editorial, 2021.

BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

BUTLER, Judith. *Corpos que ainda importam*. Tradução de Viviane V. In: COLLING, Leandro (org.). *Dissidências sexuais e de gênero*. Salvador: EDUFBA, 2016. p. 19–42. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/30169/1/dissidencias-sexuais-genero-repositorio.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2025.

BUTLER, Judith. *Corpos que importam: os limites discursivos do "sexo"*. n-1 edições, 2020.

BUTLER, Judith. "Critically queer." *Playing with fire*. Routledge, 2020. 11-29.

BUTLER, Judith. *Excitable Speech: a politics of the performative*. Routledge, 2021.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

BUTLER, Judith. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

BUTLER, Judith. *Quem tem medo do gênero?*. São Paulo: Boitempo, 2024.

COHEN, Jeffrey Jerome. *Pedagogia dos monstros: os prazeres e os perigos da confusão de fronteiras*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. 200 p. (Coleção Estudos Culturais, 3).

COLLING, Leandro (org.). *Dissidências sexuais e de gênero*. Salvador: EDUFBA, 2016. 240 p. Textos selecionados do II Seminário Internacional Desfazendo Gênero, realizado de 4 a 7 de setembro de 2015, na Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/30169/1/dissidencias-sexuais-genero-repositorio.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2025.

DINIZ, Débora. Modelo social da deficiência: a crítica feminista. *Série Anis*, n. 28, p. 1-8, jul. 2003.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999a.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999b.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2012. GAVÉRIO, Marco. *Aleijamento: os limites da teoria queer frente à deficiência*. In: Anais do XIII Encontro Nacional de Estudos Multidisciplinares em Cultura (ENECULT), Salvador, 2015.

FRANÇA, Giovana Silva; MARTINS, Fernando Batistuzo Gurgel. Pessoas com deficiência: definição, tipos, e trajetória histórica. *ETIC - Encontro Toledo de Iniciação Científica*, Toledo, v. 15, n. 15, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7942>. Acesso em: 1 ago. 2025.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução de Mathias Lambert. Rio de Janeiro: LTC, 1988. Disponível em:

https://www.mprj.mp.br/documents/20184/151138/goffman.erving.estigma_notassobremanipulacaodaidentidadedeteriorada.pdf. Acesso em: 29 jul. 2025.

LOBO, Lilia Ferreira. Exclusão e inclusão: fardos sociais das deficiências e das anormalidades infantis no Brasil. In: PRIORE, Maria; AMANTINO, Maria (Orgs.). *História do corpo no Brasil*. São Paulo: Editora Unesp, 2011. p. 405-424.

LOBO, Lilia Ferreira. *Os infames da história: pobres, escravos e deficientes no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Lamparina Editora, 2015.

MAGNABOSCO, Molise de Bem; SOUZA, Leonardo Lemos de. Aproximações possíveis entre os estudos da deficiência e as teorias feministas e de gênero. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 27, n. 2, p. 1–11, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/xN3zgQD7sqggSwxrZFV7qQk/>. Acesso em: 30 jul. 2025.

MELLO, Anahi Guedes de. *Corpo, deficiência e gênero: intersecções e perspectivas contemporâneas*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2019.

MELLO, Anahí Guedes de. *Gênero, deficiência, cuidado e capacitismo: uma análise antropológica de experiências, narrativas e observações sobre violências contra mulheres com deficiência*. 2014. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

MISKOLCI, Richard. A teoria queer e a questão das diferenças: por uma analítica da normalização. Congresso de leitura do Brasil, vol. 16, 2007.

MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. Autêntica, 2017.

MUELLER, Andressa; REYES, Paulo; MELLO, Bruno. O corpo e a rua: uma exploração de gênero e performance através do carnaval. *PIXO – Revista de Arquitetura, Cidade e Contemporaneidade*, v. 8, n. 30, p. 342-357, 7 dez. 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/pixo/article/download/28216/20504/>. Acesso em: 10 jul. 2025.

OLIVEIRA, João Manuel de. Trânsitos de gênero: leituras queer/trans* da potência do rizoma gênero. In: COLLING, Leandro (org.). *Dissidências sexuais e de gênero*. Salvador: EDUFBA, 2016. p. 109-131. Textos selecionados do II Seminário Internacional Desfazendo Gênero, realizado de 4 a 7 de setembro de 2015, na Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/30169/1/dissidencias-sexuais-genero-repositorio.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2025.

OLIVEIRA, Kris Herik de. Intensos encontros: Michel Foucault, Judith Butler, Paul B. Preciado e a teoria queer. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 29, n. 1, e67637, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/ZkWbNmXqhshGJgqHJcDKMRS>. Acesso em: 30 jul. 2025.

PRINS, Baukje; MEIJER, Irene Costera. Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 155–167, jan. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/vy83qbL5HHNKdzQj7PXDdJt/>. Acesso em: 29 jul. 2025.

SPINOZA, Baruch. *Ética demonstrada segundo a ordem geométrica*. Belo Horizonte: Auttlica. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

VALENCIA, Sayak. Do queer ao cuir: geopolítica do estranhamento e epistêmica do Sul glocal. Tradução de Fabrício Marçal Vilela. *Caderno Espaço Feminino*, Uberlândia, v. 36, n. 1, p. 14-35, 2023. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/neguem/article/download/69849/36252>. Acesso em: 29 jul. 2025.

VAN PELT, Eder. Encruzilhadas queer no direito. Salvador, BA: Devires, 2022.

FRONTEIRAS INVISÍVEIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA JOVENS MIGRANTES NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Vanessa Priscila MOYA¹

RESUMO

O presente artigo analisa o direito à educação de migrantes no Brasil, após 2017 com a promulgação da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017). A pesquisa adota uma abordagem qualitativa e crítica, com os procedimentos de investigação bibliográfica, e documental com o aporte de autores como Stuart Hall (2024), Paulo Freire (2025), Miguel Arroyo (2009), correlacionado as teorias postas com a educação e correlacionando com a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth (2009). Parte-se da compreensão de educação como direito constitucional ao indivíduo, sendo fundamental em um espaço de construção, pertencimento e inclusão social do ser em estado de migração. No artigo enfrenta-se a questão em como as políticas públicas tem respondido os desafios impostos pelo fluxo migratório contemporâneo, quais os desafios impostos e limites enfrentado pelas instituições de educação na efetivação de uma prática inclusiva, e intercultural. O artigo propõe reflexões sobre caminhos para a construção de uma educação comprometida com a dignidade humana a justiça social, e funcionar como um apoio a novas pesquisas na área da educação, direitos humanos e sociologia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Educação. Migração. Teoria do Reconhecimento.

ABSTRACT

This article analyzes the right to education of migrants in Brazil after the enactment of the Migration Law (Law No. 13,445/2017) in 2017. The research adopts a qualitative and critical approach, using bibliographic and documentary research, drawing on contributions from authors such as Stuart Hall (2024), Paulo Freire (2025), and Miguel Arroyo (2009). The research correlates the theories proposed with education and correlates them with Axel Honneth's Theory of Recognition (2009). The study begins with the understanding of education as a constitutional right of the individual, fundamental in a space of construction, belonging, and social inclusion for those in a state of migration. The article addresses the question of how public policies have responded to the challenges posed by contemporary migratory flows, the challenges posed, and the limits faced by educational institutions in implementing inclusive and intercultural practices. The article proposes reflections on ways to build an education committed to human dignity and social justice, and to support new research in the areas of education, human rights, and sociology.

KEYWORDS: Right to Education. Migration. Recognition Theory.

INTRODUÇÃO

As alterações da sociedade têm exigido do Direito uma renovação teórica e analítica da realidade. As teorias que tomavam como medida a existência de um “homem padrão” que serviria de referência para a construção de Direitos e de Políticas públicas se mostram insuficientes a partir do reconhecimento de que a sociedade está cada vez mais diversa e plural, principalmente quando

1 Mestranda em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Bacharel em Direito (UNIGRAN). Docente do ensino técnico profissionalizante na Rede Estadual de Educação Básica do Mato Grosso do Sul no novo Ensino Médio. Bolsista CAPES. E-mail: vanessamoya.adm@gmail.com

adentramos a questão de migrações.

A representação e valorização dessa pluralidade de indivíduos na sociedade já se coloca como uma realidade posta, pois, cada vez mais a sociedade vem mudando incluindo novas pessoas, misturando culturas e reconstruindo novas identidades. Dentre essas diversidades de indivíduos enfrentamos a questão dos migrantes.

Vive-se uma era de volatilidade nas relações internacionais, todos os problemas atuais enfrentados no mundo (que não é novidade) guerras, crises humanitárias e financeira, se colocam como realidade, forçando pessoas a migrarem em busca de melhores condições para sobreviver, e devido a esse fato, atinge-se cada vez níveis maiores de deslocados, precisando essa realidade ser contestada e repensada de frente a novos direitos contemporâneos.

Segundo o Relatório Anual de Tendências Globais do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) (2025) publicado em abril de 2025, 122,1 milhões de pessoas se deslocaram de seus países devido a conflitos e crises, e mediante tal realidade o próprio ACNUR (2025) relata a dificuldade e necessidade de se pensar em estratégias e implementações de políticas públicas, pois esse alto fluxo representa riscos significativos para prosperidade e estabilidade regional, em que políticas públicas existente apresenta sinais de desgastes e é constantemente objeto de debates.

O tema dos Direitos Humanos também é outra arena de disputa. Os direitos humanos são garantias de todas as pessoas, e se apresenta na necessidade de renovação e fundamentação teórica da legitimidade desses direitos humanos a partir de perspectivas contemporâneas² como a migração.

No que consiste repensar em novos direitos no contexto das migrações, destacamos o acesso à educação, um dos preceitos fundamentais assegurados a qualquer pessoa no Estado brasileiro conforme disposto na Constituição Federal de 1988 do Brasil, (Brasil, 1988) e dever do Estado, fornecer e garantir a educação de qualquer indivíduo para o desenvolvimento pessoal e social, e sendo esse reconhecido e aceito na nova realidade cultural.

Enfrentando o tema, observa-se que a teoria do reconhecimento desenvolvida por Axel Honneth (2009) apresenta articulações atuais, razão pela qual escolhe-se esse filósofo e sua teoria como linha condutora de análise.

Assim, considerando os três aspectos principais apontados – (i) analisar a legislação brasileira referente ao direitos à educação, identificando limites e potencialidades no atendimento às demandas de jovens migrantes; (ii) investigar as políticas públicas implementadas para o

2 Um desafio que se apresenta aos estudiosos e pesquisadores de Direitos Humanos, mas que por fugir ao recorte definido para o presente artigo não será abordado, é a necessidade de se fundamentar os direitos humanos sem a referência aos horrores da Segunda Guerra Mundial. A fundamentação e legitimação dos direitos humanos a partir de eventos históricos pode se mostrar frágeis com a passagem do tempo é preciso pensar e fundamentar os direitos humanos a partir da realidade concreta contemporânea e também de contextos locais de luta.

acolhimento dos migrantes no Brasil sua (in)efetividade; e (iii) compreender a luz da teoria de Axel Honneth como o acesso/negação ao direito da educação impacta o processo de pertencimento dos migrantes do direito contemporâneo – ainda que como proposta de construção teórica e analítica preliminar a ser aprofundada em análises futuras, o presente artigo busca responder o seguinte questionamento: *"Em que medida o Estado brasileiro tem assegurado, de forma efetiva, o direito fundamental à educação de jovens migrantes venezuelanos, à luz da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, diante das lacunas entre o discurso normativo e a implementação de políticas públicas inclusivas?"*

Buscando uma abordagem interdisciplinar que valorize aspectos relevantes para a Ciência Política, a educação e as Ciências Jurídicas, o presente artigo utiliza-se da *metodologia de análise de conteúdo*, construindo uma reflexão a partir das comunicações existentes – no caso as legislações e relatórios oficiais, compreendendo aspectos além do dos seus significados, o que segundo Bardin (2016, p.17) a sutíliza do método está na superação da incerteza perante a visão particular com um olhar imediato, espontâneo e fecundo, dotando de significações suscetíveis de conduzir a uma descrição de mecanismo para uma nova compreensão, indo além do que a mensagem passada transmite.

Adota-se um caráter qualitativo e essencialmente; bibliográfico baseado em autores clássicos e contemporâneos do campo dos direitos humanos, direito à educação, migração e teoria do reconhecimento, especialmente Axel Honneth (2009), Miguel Arroyo (2009), Paulo Freire (2025); documental a partir da instrumentalização dialética da teórica analisada, o qual permite a análise das contradições entre o discurso normativo e a realidade vivenciada pelos migrantes no contexto brasileiro; Documental com a análise de documentos oficiais com a Constituição Federal do Brasil (Brasil, 1988), Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), Lei da Migração (Lei nº 13.445/2017), e normativas do MEC e documentos do ACNUR referente as migrações; e análise crítica do conteúdo onde os dados obtidos serão interpretados à luz da teoria do reconhecimento de Axel Honneth (2009), identificar ausências, omissões e violências simbólicas na implementação de políticas públicas voltadas a educação de migrantes, e o sentimento de pertencimento e a inclusão no espaço escolar.

A proposta não se pretende exaustiva ou conclusiva sobre as discussões desenvolvidas, mas objetiva promover reflexões iniciais e acessíveis a respeito do direito fundamental a educação aos migrantes no território brasileiro, a partir de uma busca por ampliar as leituras e sua relevância para os processos de transformação social.

Nesse sentido, o presente artigo está organizado com as seguintes seções: (i) “O direito à Educação na Legislação Brasileira” onde se apresentam os marcos normativos nacionais que

garantem o acesso universal à educação destacando os limites e contradições que emerge no alcance desse direito pela população migrante; (ii) “Migração no Brasil: Desafios Contemporâneos” seção em que se aprofunda a contextualização do movimento migratório com base nos dados oficiais e seu impacto social e educacional do fluxo migratório no território brasileiro; (iii) “Políticas Públicas Educacionais: Entre o Discurso e a Prática”, onde se analisa a atuação do Estado brasileiro diante do desafio de acolhimento dos migrantes no sistema educacional brasileiro, evidenciando a distinção entre os preceitos legais e a efetividade das políticas públicas implementadas; (iv) “Teoria do Reconhecimento e Direito à Educação: A contribuição de Axel Honneth”, apresentando os fundamentos da teoria do reconhecimento como base teórica para a análise do pertencimento dos migrantes e a inclusão social que permite compreender a violação de direitos como forma de invisibilização e violação de direitos humanos; (v) “Fronteiras invisíveis e violência simbólica na educação” onde se problematiza a omissão estatal como forma de violência estrutural e simbólica em que a exclusão educacional de jovens migrantes representa uma negação de cidadania; e (vi) “Proposta para uma educação inclusiva e Reconhecedora” em que será apontado possíveis caminhos para construção de políticas públicas educacionais comprometidas com a justiça social que promova o reconhecimento e a valorização das diferenças

2 O DIREITO À EDUCAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

O direito e acesso à educação no Estado brasileiro é um dos pilares fundamentais garantidos pela Constituição Federal do Brasil de 1988 em seu artigo 5º e complementado pelo artigo 205, o qual estabelece; o direito à educação como direito de todos e dever do Estado brasileiro, família e sociedade. Esse direito acomete pessoas nacionais e estrangeiras em solo brasileiro. Através desse documento norteador do Estado, é afirmado o compromisso da promoção do desenvolvimento social e a inclusão na sociedade que são construídos através do acesso à educação de qualidade.

Além do disposto na Constituição Federal do Brasil, e a LDB (Lei nº 9.394/1996) como diretrizes sobre a educação, ambas as legislações estão em consonância com o Estatuto da Criança e Adolescente, o qual é a legislação maior sobre os direitos das crianças e adolescentes do Brasil, e que também citam sobre o direito posto à educação, e protegido por todas as esferas sociais.

Quando tratamos da educação básica a população migrante, essa garantia constitucional ganha contornos ainda mais urgentes, considerado todas vulnerabilidades que esses sujeitos estão expostos, as estruturas vivenciadas e toda trajetória que marcam seu descolamento, os quais entramos na questão dos migrantes desejados e os indesejados.

Nesse sentido, a escola por acolher a todos, se transforma em um espaço crucial na construção identitária, principalmente para jovens migrantes que saindo de seu país de origem e inseridos em novas realidades, passam a construir novas identidades, conforme Stuart Hall (2024, p.89) assegura que as identidades são construídas em meio a interações históricas, culturais e sociais, e a interculturalidade não se resume apenas a convivência nas diferentes culturas, mas na produção de novos significados a partir desse novo contato.

Candau (2012, p. 241) complementa que para esses novos significados advindo da interculturalidade, implica no enfrentamento das desigualdades sociais e criação de políticas públicas, para a nova realidade, exigindo assim uma educação comprometida, e visando a construção de uma sociedade justa e inclusiva.

Além do direito à educação ser garantido pela Constituição Federal do Brasil – a qual já é suficiente para a obrigatoriedade do cumprimento pelo Estado brasileiro, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) (Lei nº 9.394/1996) e a Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), estabelecem normas e procedimentos para a inclusão dos migrantes no sistema educacional brasileiro em escolas públicas.

A LDB (Lei nº 9.394/1996) prevê o atendimento à diversidade cultural aos estudantes migrantes reforçando o princípio da equidade e da inclusão escola desses sujeitos, já a Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), em seu artigo 3º consagra a educação como um direito fundamental, inalienável e acessivo e obrigatório independente da situação migratória que os sujeitos migrantes estejam, refugiados, migrantes ou apátridas.

Contudo conforme observam os autores Azevedo e Amaral (2022), em que pese exista as previsões legais e alienáveis do direito à educação, ainda existem lacunas e resistências na implementação efetiva da previsão legal, o qual podemos destacar; a resistência de alguns setores da comunidade escolar, a falta de estrutura das unidades escolares, e a adaptação dos professores a uma nova realidade escolar, entre as diversidades culturais.

Bordallo (2024) argumenta que, uma vez que o Estado recebe migrantes, assume deveres, principalmente os direitos fundamentais garantidos na CF do Brasil, de cumprimento obrigatório e que deverá disponibilizar de recursos suficientes para garantir a execução de políticas públicas, programas sociais e ações afirmativas, e sua mensuração.

O direito a educação no contexto da situação migratória torna-se não apenas um direito fundamental constituído, mas um campo de disputa, entre discursos normativos e as reais práticas experienciadas pelos jovens migrantes no contexto brasileiro.

A realidade enfrentada pelos migrantes na educação, evidencia a urgência em repensar as práticas e políticas públicas educacionais a partir da perspectiva intercultural, pois tais ações

demanda uma resposta efetiva dos sistemas educacionais para garantir a integração eficaz desses alunos, pois essas diretrizes vão ao encontro dos direitos humanos, na construção de uma Democracia e de uma sociedade justa, sendo um desafio do direito contemporâneo.

3 MIGRAÇÃO NO BRASIL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS.

O Brasil, ao longo de sua história sempre foi um território marcado por fluxos migratórios. As migrações contemporâneas assumem características específicas e em números recordes de migrantes, nunca antes experienciados, o que demanda um novo olhar para políticas públicas no Estado.

De acordo com o Relatório de Migração Mundial (Mcauliffe e Oucho, 2024), o número de migrantes internacionais atingiu a marca de mais de 280 milhões de pessoas em 2020, revelando uma mobilidade complexa, e porcentagem expressiva diante da população mundial.

No Brasil, a OBMigra (2021) registrou crescimento expressivo de migração internacional de 2010 a 2019, especialmente durante as crises econômicas e políticas em países da América Latina. O Brasil destaca-se como um importante centro de acolhimento para famílias migrantes, incluindo crianças e adolescentes na idade escolar, dados do ACNUR consolidam que metade da população de migrantes são crianças e adolescentes na idade escolar.

Porém em números exatos de crianças matriculadas na rede de ensino, ou das crianças advindas no contexto de migrações, faltam informações e números mensurados, o qual é inexistente ainda no senso do país.

É significativa a presença desses jovens no sistema educacional, o que exige uma análise crítica das políticas públicas locais voltadas ao acolhimento e à inclusão intercultural na educação.

As escolas tem recebido alunos que não apenas falam outro idioma, mas que também carregam experiências culturais distintas das que moldam o currículo escolar brasileiro, e com isso a interculturalidade não pode ser compreendida como uma mera coexistência entre as culturas, ela demanda uma relação de convivência e integração entre diferentes sujeitos numa nova cultura, construído se necessário novas identidades. (Hall, 2024).

4 POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS: ENTRE O DISCURSO E A PRÁTICA.

No Brasil, as políticas educacionais, ao menos na legislação normativa, levam em consideração um fiel compromisso com a inclusão, diversidade e equidade. Contudo o que se refere a população migrante observa-se grande divergência entre o que se prevê e o que realmente é vivenciado no contexto contemporâneo.

No estudo de Russo, Mendes e Borri-Anadon (2020), evidenciam as dificuldades dos docentes da rede pública e em adaptar suas práticas pedagógicas à presença de alunos migrantes, no caso do estudo dos autores em relação a crianças migrantes. Essas dificuldades estão correlacionadas em adaptar praticas docentes pedagógicas devido à ausência de formação especifica, barreira linguísticas com os idiomas divergentes em comparado ao ensino da língua portuguesa, e a falta de apoio institucional como infraestrutura, acesso a material bilíngue e suporte psicossocial.

Batista (2021) também aponta que com a Resolução nº 1/2020 do Ministério da Educação e Conselho Nacional de Educação (MEC) traz à baila as diretrizes e o acesso à educação básica para crianças e adolescentes migrantes, refugiado se apátridas no sistema de educação brasileiro, mas ainda a resistência e dificuldade em cumprimento de tais orientações na pratica do cotidiano das unidades escolares.

A realidade vivenciada nos municípios brasileiros, revelam fragilidades de articulação entre os entes federativos para realmente a instituição de políticas educacionais voltadas para inclusão e efetivação dos direitos dos migrantes na rede de ensino. (Zanoni da Silva e Zanoni da Silva, 2023).

5 TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH E O DIREITO À EDUCAÇÃO.

A partir da Teoria do Reconhecimento proposta por Axel Honneth (2009) é possível compreender a educação não apenas como um direito formal, ou seja, um direito imposto e obrigatório de ser constituído aos migrantes, através da Teoria é possível relacionar esse direito à educação como espaço e reconhecimento social.

O reconhecimento para Axel Honneth (2009) constitui elemento essencial na construção da identidade, e em caso de ausência geradora de injustiças sociais profundas.

Segundo a Teoria do Reconhecimento de Honneth parte da premissa que a formação da identidade humana está ligada ao reconhecimento intersubjetivo do ser humano, e que segundo Silva (2020, p. 89), o reconhecimento é precedido de três formas; pelo amor, direito e solidariedade, os quais formam três pilares para o real e inteiro reconhecimento de um indivíduo na sociedade a qual se inserem.

Axel Honneth (2009) argumenta que “o reconhecimento é a base para a construção de uma identidade social e para o pleno desenvolvimento humano”. Na educação, isso significa que a inclusão de adolescentes migrantes deve ir além da simples presença nas escolas; deve envolver o reconhecimento, afeto, e a valorização de suas identidades culturais e experiências. A teoria de Axel

Honneth (2009) ajuda a compreender como a falta de reconhecimento pode limitar a efetividade das políticas de inclusão e contribuir para sentimentos de exclusão.

Para Axel Honneth (2009) os desrespeitos ao amor se configuram por meio de maus tratos e violações que ameaçam a integridade física e psíquica, o desrespeito ao direito é caracterizado pela privação e exclusão de direitos, e o desrespeito a solidariedade é a degradação e a ofensa que afeta os sentimentos de honra a dignidade do indivíduo. (Silva, 2020).

Além disso, Stuart Hall (2024), um dos principais teóricos dos Estudos Culturais, enfatiza a importância da cultura na construção de identidades e na inclusão social. Stuart Hall (2024, p.57) argumenta que “a construção da identidade cultural é fundamental para o sentido de pertencimento e para a inclusão social”.

Para Hall (2024), a educação deve reconhecer e valorizar a diversidade cultural, criando um ambiente onde todas as identidades são respeitadas e integradas. Essa abordagem é essencial para entender como as escolas podem promover um ambiente educacional que acolha e integre efetivamente os jovens migrantes, respeitando e celebrando suas culturas.

No contexto das migrações o não reconhecimento da cultura, histórias, e necessidades específicas de um migrante nas instituições escolares constitui uma forma de violência simbólica e de exclusão, pois ao negar esses sujeitos de serem vistos e valorizados em suas singularidades, o sistema educacional continua reproduzindo desigualdades históricas, reforçando processo de marginalização.

Nesse sentido a efetivação da educação requer o reconhecimento das múltiplas identidades culturais, linguísticas e subjetivas dos sujeitos migrantes no processo educativo, o que implica em novas práticas pedagógicas e currículos coerente com a realidade vivenciada no cotidiano e a gestão escolar, a partir de uma visão de verdadeira inclusão.

6 FRONTEIRAS INVISÍVEIS E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA NA EDUCAÇÃO.

As fronteiras não são apenas linhas que delimita a proporção física dos estados e nações, ela também se identifica quando separamos e classificamos indivíduos por suas diferenças, no caso dos migrantes, pela nacionalidade diferente da brasileira.

As fronteiras também simbólicas também se manifestam no ambiente escolar. Embora a escola deva ser espaço de acolhimento e formação social, muitas vezes reproduz exclusões profundas, que marcam negativamente o processo de pertencimento dos jovens migrantes.

Conforme aponta Candau (2012) ao dialogar sobre a interculturalidade aponta que a mesma impõe enfrentamento das assimetrias de poder presentes em uma interação de culturas distintas, o que podemos conciliar com o ambiente escolar, pois a simples presença de alunos

migrantes nas escolas não garante reconhecimento e valorização de sua identidade, é necessário que a escola atue como mediadora em busca da construção dessas identidades múltiplas.

As fronteiras simbólicas se materializam nos olhares, silêncios e na falta de políticas verdadeiramente acolhedoras.

Bordallo (2024) evidencia em seu estudo que muitos professores ainda reproduzem estereótipos em sala de aula, partindo da lógica e posicionar o migrante como “o outro” a ser assimilado e tendo que se adaptar a escola, e não o reconhecer como sujeito de direito a ser reconhecido.

Ainda segundo o autor, tal postura na sala de aula apenas reproduz uma educação monocultural, o que vai em desacordo com os princípios e documentos norteadores sobre a equidade e educação multicultural

7 PROPOSTA PARA UMA EDUCAÇÃO INCLUSIVA E RECONHECEDORA.

Para garantir uma verdadeira efetividade no direito à educação dos migrantes é necessário ir muito além das questões normativas, é preciso desenvolver práticas educativas que dialoguem com as experiências dos estudantes migrantes, reconhecendo suas identidades, histórias e saberes como legítimos no espaço escolar.

Para uma educação inclusiva deve ser trabalhada formação continuada dos docentes para enfrentamento das barreiras culturais e linguísticas, distribuição de material bilíngue a língua materna dos migrantes, rede de apoio de apoio psicossocial para os estudantes migrantes e a valorização da identidade cultura dos alunos perante ao currículo e planejamento escolar.

As políticas públicas intersetoriais segundo Souza e Scaff (2011), também são fundamentais, pois envolvem os setores da saúde, educação, assistência social e direitos humanos, para verdadeiramente garantir um acolhimento integral e articulado, e ainda segundo as autoras o papel do Estado brasileiro deve ser o de agente promotor da equidade e não reproduzidor de desigualdade.

Como propõe Stuart Hall (2024), a interculturalidade não se limita ao convívio entre culturas diferentes, mas representa um processo ativo de ressignificação identitária. Nesse sentido, ela deve ser incorporada às práticas pedagógicas com um instrumento de transformação social.

E o ambiente escolar deve atuar como mediadora nesse processo, assumindo sua função transformadora e emancipatória conforme nos ensina Paulo Freire (2025).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A garantia do direito à educação para migrantes no Brasil ultrapassa a letra da lei. Ela

exige uma revisão crítica das estruturas institucionais, políticas públicas e práticas escolares que ainda se mostram despreparados para reconhecer e valorizar a diversidade presente nas salas de aula.

Embora no ordenamento jurídico brasileiro reconheça e garanta a proteção legal de forma clara, sua concretização ainda está longe de ser plenamente alcançada, embora prevista em lei, sua realização cotidiana esbarra em entraves institucionais, como a falta de preparo das equipes escolares, políticas fragmentadas e ausência de apoio intersetorial.

O presente artigo ao adotar a abordagem qualitativa, exploratória e documental, buscou dialogar com teóricos atuais para compreender a complexidade da temática. A partir da análise da legislação, das políticas públicas e das práticas escolares, foi possível evidenciar que a inclusão efetiva dos migrantes passa pelo reconhecimento de sua identidade, cultura e condições de vulnerabilidade.

A discussão aqui apresentada trata-se de vulnerabilidade social dos migrantes, onde pela condição migratória, a população enfrenta barreiras estruturais para o gozo pleno de seus direitos. O direito contemporâneo nesse caso é chamado a se posicionar diante da realidade buscando garantir mais do que simplesmente o acesso, e sim promover o reconhecimento como indivíduo e promover a justiça social.

É imprescindível que seja elaboradas mais pesquisas empíricas que aprofundem os dados sobre os migrantes, seus direitos e perspectivas, contribuindo para práticas escolares mais integradoras em que vá além de ensinar conteúdos, e sim promover o acolhimento real, a escuta ativa e o reconhecimento das trajetórias de vida dos migrantes como parte legítima do processo educativo, realidade essa atual de milhares de sujeitos em trânsito.

REFERÊNCIAS

ACNUR. Relatório Anual de Migração 2025. Brasília: **ACNUR Brasil**, 2023. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues>. Acesso em: 01 ago. 2025.

ACNUR. Aumento do número de mulheres e crianças venezuelanas vindo para o Brasil ressalta necessidade de políticas públicas inclusivas. **ACNUR Brasil**. 2023. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2023/07/13/aumento-do-numero-de-mulheres-e-criancas-venezuelanas-vindo-para-o-brasil-ressalta-necessidade-de-politicas-publicas-inclusivas/>. Acesso em: 30 jul. 2023.

AZEVEDO, Rômulo Sousa de; AMARAL, Cláudia Tavares do. EDUCAÇÃO PARA ALÉM DA MATRÍCULA: crianças migrantes, refugiadas, e a Resolução nº 1/2020. **Revista Teias**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 69 p. 134-146, abr. 2022. Disponível em http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-03052022000200134&lng=pt&nrm=iso. acessos em 10 jul. 2025.

AZEVEDO, J. M. L.de. **A educação como política pública**. Campinas, SP: Autores Associados, 1997.

BALZAN, Carina Fior Postinger; SOUZA, Monique Dias; PEDRASSANI, Júlia Sonaglio; VIEIRA, Leandro Rocha; SANTOS, Aléxia Islabão dos. Os desafios no acolhimento e no ensino de língua portuguesa para estudantes imigrantes e refugiados na educação básica. **Gragoatá**, v. 28, n. 60, p. e53123, jan. 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gragoata/a/RrXs5PDCTBsBC6Dp66Czr6G/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 09 de jun de 2025.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2016.

BATISTA, Bruno Amorim. A inserção dos imigrantes venezuelanos no sistema educacional do Recife e o acesso à educação na política migratória brasileira. 2021. 158 f. **Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco**. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado Interinstitucional (Minter) Universidade Católica de Pernambuco e ASCES/UNITA., 2021. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/1569>. Acesso em: 10 Jul 2025.

BORDALLO, Renata Ferreira. E na Venezuela?: representações que embasam práticas docentes de professores de português para migrantes. 2024. 103 f. **Dissertação (Mestrado em Linguística)** Universidade de Brasília, Brasília, 2024. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/51700>. Acesso em: 10 jul. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Dispõe sobre a Lei de Migração**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm. Acesso em: 29 jun. 2025.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. **Resolução CNE/CEB nº 1, de 6 de abril de 2020**. Estabelece Diretrizes Nacionais para o atendimento escolar de crianças, adolescentes e jovens em situação de migração, refúgio e apatridia. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 66, p. 49-50, 7 abr. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-1-de-6-de-abril-de-2020-251578343>. Acesso em: 01 ago. 2025.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 23 dez. 1996

BRITO, Wladimir Soares De. **A Efetividade da Arrecadação Tributária e o Direito Fundamental à Educação**. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023. Disponível em: <file:///C:/Users/Note/Downloads/WLADYMR%20SOARES%20DE%20BRITO.pdf>. Acesso em: 01 de ago. 2025.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. Diferenças Culturais, Interculturalidade e Educação em Direitos Humanos. 2012. **Revista de Educação Social**. Campinas, v. 33, n. 118, p. 235-250. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/QL9nWPmwbhP8B4QdN8yt5xg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 29 jun. 2025.

- DA SILVA SERAFIM, J.; NEVES DE CABRAL, V.; FERREIRA MELETTI, S. M. Mapeamento dos imigrantes venezuelanos na educação de jovens e adultos no Brasil (2013-2019). **Revista Cocar**, v. 15, n. 31, 2021. Disponível em: <https://periodicos.uepa.br/index.php/cocar/article/view/3590>. Acesso em: 10 jul. 2025.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia como Prática da Liberdade**. 58ª ed. - Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2025.
- HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2024.
- HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: A Gramática Moral dos Conflitos Sociais**. Tradução de Luiz Repa 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009.
- MCAULIFFE, M.; OUCHO L.A. World Migration Report 2024. **International Organization for Migration (IOM)**, Geneva. 2024. Disponível em: <https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd1496/files/documents/2024-05/world-migration-report-2024.pdf>. Acesso em: 10 jul 2025.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2023.
- MOREIRA, Antonio Flávio Barbosa; CANDAU, Vera Maria. Educação escolar e cultura(s): construindo caminhos. 2003. **Revista Brasileira de Educação**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbedu/a/99YrW4ny4PzcYnSpVPvQMYk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 29 jun. 2025.
- OLIVEIRA, D. A.. O imigrante na política educacional brasileira: um sujeito ausente. **Práxis Educativa**, v. 15, p. 1–15, 2019. DOI: 10.5212/PraxEduc.v.15.13655.004. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/13655>. Acesso em: 10 jul. 2025.
- RUSSO, K.; MENDES, L.; BORRI-ANADON, C.. CRIANÇA EM SITUAÇÃO DE IMIGRAÇÃO NA ESCOLA PÚBLICA: PERCEPÇÕES DE DOCENTES. **Cadernos de Pesquisa**, v.50, n. 175, p. 256-272, jan. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/dHg75yG4kS6QrryvQ984Jbs/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 10 jul 2025.
- SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.
- SANTOS, M. C. dos; MOTA, A. K. B. **DESAFIOS E NECESSIDADES DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES REFUGIADOS E MIGRANTES NO BRASIL: GARANTINDO PROTEÇÃO, ACESSO À EDUCAÇÃO E INTEGRAÇÃO SOCIAL**. SciELO Preprints, 2023. DOI: 10.1590/SciELOPreprints.6984. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/6984>. Acesso em: 10 jul. 2025.
- SILVA, Leticia Mirelli Faleiro e. **Direito a Educação para Refugiados: Um estudo da (in)efetividade normativa a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.
- SOUZA, Kellcia Rezende; SCAFF, Elisangela A. Tendências temáticas na produção científica brasileira: o ensino fundamental de nove anos em questão. In: **Revista de Educação PUC-**

Campinas, Campinas, 16 (2):123-133, jul./dez., 2011.

SOUZA, K.R.; SCAFF, E.A.S. Ensino fundamental de nove anos: da garantia à efetivação do direito a educação. In: **SIMPÓSIO BRASILEIRO E CONGRESSO IBERO AMERICANO DE POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO DA EDUCAÇÃO**, 25, 2011, São Paulo. *Anais*. São Paulo: PUC-SP, 2011. 1 CDROM.

VIANA CUSTÓDIO, André; DA SILVA CABRAL, Gladir; CABRAL, Johana. VIOLAÇÃO AO DIREITO À EDUCAÇÃO: inclusão escolar e demandas educacionais especializadas de crianças e adolescentes migrantes venezuelanos. **Momento - Diálogos em Educação**, v. 32, n. 03, p. 85–109, 2024. DOI: 10.14295/momento. v32i03.15962. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/momento/article/view/15962>. Acesso em: 10 jul. 2025

ZAİKIEVICZ Azevedo, A. P. et PETINI BARRETO, K. (2020). A migração infantil e o acesso à educação básica de crianças migrantes em solo brasileiro. **Trayectorias Humanas Trascontinentales**, Disponível em: <https://www.unilim.fr/trahs/index.php?id=2368&lang=fr>. Acesso em: 10 jul 2025.

ZANONI DA SILVA, J. L.; ZANONI DA SILVA, A. M. A Proteção do Direito à Educação Inclusiva das Crianças e Adolescentes Venezuelanos Beneficiários da Interiorização em Dourados - MS. **Direito Público**, v. 20, n. 105, 2023. DOI: 10.11117/rdp.v20i105.6934. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6934>. Acesso em: 10 jul. 2025.

FUNDEB: INSTRUMENTO DE INCLUSÃO EDUCACIONAL OU PERPETUAÇÃO DA EXCLUSÃO SOCIAL?

Jefferson Luis Brentini da SILVA
Luciano Teixeira SAVIOLI
Tatiana STROPPA

RESUMO

Este artigo analisa o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) considerado um mecanismo de financiamento da educação que apesar de prometer inclusão educacional acaba reproduzindo exclusões sociais estruturais. Por meio de uma abordagem crítica, fundamentada em revisão bibliográfica e análise documental, examina-se como o financiamento educacional, apesar de sua retórica igualitária, perpetua desigualdades regionais e socioeconômicas no Brasil. A lógica distributiva do FUNDEB, suas fragilidades de governança e os impactos em populações vulneráveis são discutidos à luz de teóricos como Boaventura de Sousa Santos e Pierre Bourdieu. Argumenta-se que o fundo, ao priorizar a eficiência administrativa ao invés da equidade, falha na superação das exclusões apesar de buscar a universalização do acesso ao ensino. Indica-se a necessidade urgente de reformulações estruturais para que a educação cumpra seu papel emancipatório.

PALAVRAS-CHAVE: FUNDEB; Educação; Exclusão Social; Vulnerabilidade; Financiamento Educacional.

ABSTRACT

This article analyzes the Fund for the Maintenance and Development of Basic Education and the Valorization of Education Professionals (FUNDEB) as a mechanism for financing education that oscillates between the promise of educational inclusion and the reproduction of structural social exclusions. Through a critical approach grounded in literature review and document analysis, the study examines how educational funding, despite its egalitarian rhetoric, perpetuates regional and socioeconomic inequalities in Brazil. The distributive logic of FUNDEB, its governance weaknesses, and its impacts on vulnerable populations are discussed in light of theorists such as Boaventura de Sousa Santos and Pierre Bourdieu. The argument is made that the fund, by prioritizing administrative efficiency over equity, operates as an instrument that conceals exclusions under the guise of universalization. Structural reforms are urgently needed for education to fulfill its emancipatory role.

KEYWORDS: FUNDEB; Education; Social Exclusion; Vulnerability; Educational Financing.

1 INTRODUÇÃO

A educação, enquanto direito fundamental, é frequentemente apresentada como a chave para a superação das desigualdades sociais.

O Brasil, um país estruturalmente marcado por desigualdades históricas, enfrenta o desafio hercúleo de concretizar o direito à educação em um contexto atravessado por profundas disparidades regionais, raciais e socioeconômicas, enraizadas em processos históricos de colonização e políticas elitistas, conforme evidenciam dados do Instituto Nacional de Estudos e

Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP – Brasil, 2023), que apontam que 65% das escolas públicas nas regiões Norte e Nordeste carecem de infraestrutura básica, como saneamento e laboratórios, enquanto apenas 20% das escolas no Sudeste apresentam tais deficiências.

Nesse cenário o FUNDEB, instituído pela Emenda Constitucional nº 53/2006 (Brasil, 2006) e reformulado em 2020, surge como um mecanismo redistributivo com a promessa de universalizar o acesso e promover o patrimônio educacional público, entendido como o conjunto de bens, saberes e estruturas necessários ao efetivo exercício do direito à educação.

Contudo, sua eficácia é questionável diante da tensão entre a retórica da universalização e a prática de uma equidade limitada. Dados do Ministério da Educação (MEC, 2024) reforçam essa crítica, decrescente que, apesar do aumento das matrículas na educação básica (12% entre 2007 e 2020), apenas 30% dos municípios brasileiros atingiram o padrão mínimo de qualidade do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) em 2023, com desempenhos significativamente inferiores em regiões socioeconomicamente vulneráveis.

Assim, o FUNDEB, embora concebido como instrumento de inclusão, enfrenta o risco de legitimar desigualdades estruturais, mascarando-as sob o discurso da universalização.

Este artigo propõe uma análise crítica do FUNDEB considerado como tecnologia jurídica, entendida, segundo Santos (2007), como um conjunto de normas e práticas que estruturam relações de poder e acesso a direitos. O objetivo geral desse artigo é o de estudar o FUNDEB, identificando sua ambiguidade porque ao mesmo tempo em que foi concebido como instrumento de inclusão educacional, o seu funcionamento e gestão têm potencial de reprodução de exclusões sociais estruturais no contexto brasileiro.

Para alcançar o referido objetivo, o estudo, além dessa introdução, o texto se organiza em quatro seções que: contextualiza-se o FUNDEB no marco do direito à educação, examinando sua evolução histórica e sua relação com as desigualdades estruturais do sistema educacional brasileiro; avalia-se a lógica distributiva do FUNDEB, identificando como a sua dependência por receitas locais e os ajustes do Valor Aluno Ano Total (VAAT) impactam o patrimônio no financiamento da educação básica; analisa os desafios de governança do FUNDEB, destacando-se as fragilidades na fiscalização e na implementação do piso salarial docente, e suas implicações para a qualidade do ensino e a valorização profissional; investigam-se os impactos do FUNDEB na redução ou perpetuação de vulnerabilidades sociais, com foco em populações marginalizadas (como indígenas, quilombolas e estudantes com deficiência), utilizando-se das perspectivas teóricas sobre a reprodução de desigualdades. Após, propõe reflexões para reformulações estruturais do FUNDEB voltadas à superação de sua lógica tecnocrática e apta para alavancar uma educação emancipatória que enfrente as raízes da exclusão social.

Embora o FUNDEB represente um avanço significativo na ampliação do acesso à educação básica no Brasil, ao garantir a matrícula de milhões de crianças e jovens, seu desenho institucional ainda opera dentro de um paradigma tecnocrático que tende a subordinar a equidade a critérios administrativos e fiscais. Isso se evidencia na forma como os repasses são estruturados, priorizando o volume de matrículas e a arrecadação local como balizas centrais para a distribuição de recursos. Tal racionalidade ignora as desigualdades históricas e estruturais que limitam a capacidade de investimento de muitos municípios, especialmente aqueles situados em regiões periféricas, aprofundando assim as disparidades já existentes no sistema educacional.

Essa lógica se revela especialmente perversa quando se observa que os critérios de financiamento se baseiam em indicadores quantitativos que pouco dialogam com as reais necessidades de cada comunidade escolar. A centralidade do VAAT, por exemplo, reforça uma meritocracia fiscal que beneficia entes federativos com maior capacidade arrecadatória, em detrimento de territórios marcados por pobreza crônica, exclusão territorial e fragilidade institucional. Com isso, escolas localizadas em áreas urbanas centrais, economicamente dinâmicas, tendem a receber mais recursos por aluno do que aquelas em zonas rurais ou de difícil acesso, onde o custo para garantir uma educação de qualidade é, paradoxalmente, mais elevado.

A consequência é um paradoxo inquietante: o FUNDEB, enquanto política pública voltada à garantia do direito à educação, termina por reforçar desigualdades educacionais ao naturalizar as assimetrias federativas sob uma perspectiva fiscalista. Essa subordinação da equidade a lógicas de desempenho contábil impede que o fundo cumpra plenamente seu papel redistributivo e transformador. Torna-se, assim, imperativa uma reformulação de sua arquitetura normativa e financeira, capaz de incorporar critérios qualitativos e contextuais que deem conta da diversidade brasileira, reconhecendo que igualdade de acesso só se traduz em justiça social quando acompanhada por equidade real de condições e oportunidades educacionais.

Dessa forma, busca-se compreender como os limites estruturais do financiamento público educacional impactam a efetividade das políticas voltadas à equidade, especialmente em territórios historicamente negligenciados. A análise proposta pretende contribuir para o debate sobre justiça educacional no Brasil, ao problematizar os efeitos práticos de um fundo que, embora constitucionalmente orientado à inclusão, opera sob a racionalidade da escassez. Assim, revela-se a urgência de reposicionar o FUNDEB dentro de um projeto político-pedagógico comprometido com a transformação social. Apesar de não ser possível negar os avanços alcançados, questiona-se a suficiência do FUNDEB para combater as desigualdades persistentes.

2 O FUNDEB NO CONTEXTO DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO

A Constituição Federal de 1988 consagra a educação como direito social, determinando sua oferta universalizante e gratuita (Brasil, 1988, art. 205). O processo educacional no Brasil é compreendido pela educação básica, integrada pela educação infantil (creche e pré-escola), pelo ensino fundamental e médio e pela educação superior (Werner, 2021).

Dentre os princípios constitucionalmente fixados para a oferta do ensino destacam-se: a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais da educação escolar; gestão democrática do ensino público; garantia de padrão de qualidade; piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública e garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida (art. 206, incisos I a IX da CF/88).

Contudo, a concretização desse direito, nos termos das determinações constitucionais, enfrenta barreiras estruturais. No Brasil, a busca pela universalização do acesso não tem sido acompanhada da qualidade ou equidade, especialmente perante populações em situação de vulnerabilidade, como negros, indígenas e moradores de periferias. Como argumenta Saviani (2008), a educação pública brasileira carrega o peso de uma trajetória de exclusão, na qual o acesso ao ensino de qualidade foi sistematicamente negado às populações vulneráveis, como negros, indígenas, quilombolas e moradores de periferias urbanas e áreas rurais.

Nesse cenário, o FUNDEB, instituído em 2006 e reformulado em 2020, representa um avanço em relação ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (FUNDEF), ao ampliar o financiamento para toda a educação básica. A Emenda Constitucional nº 108/2020 (Brasil, 2020) aumentou a complementação da União de 10% para 23% até 2026 e introduziu o VAAT, que prioriza redes com maior vulnerabilidade socioeconômica (Brasil, 2020).

A promessa de inclusão do FUNDEB colide frontalmente com a realidade de um Brasil no qual a desigualdade é não apenas estrutural, mas intrinsecamente entrelaçada às dinâmicas de poder e exclusão histórica. Oliveira (2020) reconhece que o fundo ampliou o acesso à educação básica, com um aumento de 12% nas matrículas entre 2007 e 2020, mas falha em corrigir disparidades regionais profundamente enraizadas. Dados do INEP (Brasil, 2023) revelam que 65% das escolas públicas nas regiões Norte e Nordeste operam em condições precárias, com ausência de infraestrutura básica, como saneamento, laboratórios e bibliotecas, enquanto 70% dos docentes dessas regiões recebem salários inferiores à média nacional, mesmo com os aportes do FUNDEB.

Essa realidade é agravada por indicadores do Ministério da Educação (MEC, 2024), que mostram que apenas 25% dos municípios nordestinos atingiram o padrão mínimo de qualidade do

IDEB em 2023, em contraste com 45% no Sudeste. Tal disparidade expõe a fragilidade do fundo em romper com a lógica excludente do sistema educacional brasileiro. Como argumenta Santos (2007, p. 78), tecnologias jurídicas como o FUNDEB frequentemente servem para “legitimar desigualdades sob a fachada de políticas universalizantes”, mascarando a reprodução de hierarquias sociais.

A lógica meritocrática do sistema educacional brasileiro, piora significativamente o cenário de desigualdades, ao operar como um mecanismo de reprodução de hierarquias sociais. A escola, ao valorizar capitais culturais e simbólicos das classes dominantes — como padrões linguísticos, comportamentos e saberes associados à elite urbana —, coloca em desvantagem estrutural estudantes de contextos vulneráveis, incluindo negros, indígenas, quilombolas, moradores de periferias e áreas rurais, além de pessoas com deficiência.

Dessa forma, para Dourado (2019), o financiamento educacional, quando dissociado de políticas estruturais de combate à pobreza e à discriminação, torna-se um paliativo que perpetua vulnerabilidades. Outro elemento importante está na desvalorização docente¹, por exemplo, que reflete o que Hooks (1994) denomina de marginalização sistêmica, na qual grupos subalternizados — como professores de regiões periféricas, majoritariamente mulheres e negros — são mantidos em condições de precariedade, comprometendo ainda mais a qualidade do ensino e a emancipação dos alunos.

Essas constatações indicam a necessidade de repensar o FUNDEB não apenas como um mecanismo contábil de redistribuição, mas como parte de um projeto político-pedagógico comprometido com a justiça social. Assim, a superação da lógica tecnocrática do financiamento exige o enfrentamento das raízes históricas da exclusão, articulando recursos financeiros à valorização das diferenças, à escuta ativa das comunidades e à participação democrática na formulação das políticas públicas educacionais. Apenas com esse reposicionamento o FUNDEB poderá deixar de ser instrumento de manutenção do *status quo* e se tornar motor de transformação social.

O principal critério de redistribuição do FUNDEB, o VAAT, parte da premissa de que os recursos devem ser equalizados entre os entes federativos a partir da média nacional de investimento por aluno. No entanto, esse parâmetro se ancora na capacidade de arrecadação dos estados e municípios, criando uma dinâmica na qual os entes com maior robustez fiscal recebem complementações apenas residuais, enquanto os mais vulneráveis dependem da complementação da União para atingir patamares mínimos de investimento. Essa lógica, embora pareça progressista, na

1 Frise-se a fixação de um piso nacional dos professores no art. 226, inciso VIII, da CF/88, regulamentado pela Lei 11.738/2008, a qual foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.167.

prática reproduz a desigualdade: o que se equaliza é um patamar médio já limitado, e não se corrige de forma significativa o déficit histórico de investimento em regiões estruturalmente desassistidas. O resultado é a manutenção de um modelo que reconhece disparidades, mas as compensa timidamente.

Além disso, a aplicação do VAAT como critério de distribuição privilegia sistemas que já têm maior capacidade de arrecadação e gestão fiscal, consolidando uma meritocracia institucional. Municípios com estruturas administrativas frágeis, baixa arrecadação e alta vulnerabilidade social enfrentam maiores obstáculos para captar recursos adicionais, justamente por não atingirem indicadores que o sistema premia. Em vez de operar como uma política de justiça distributiva, o FUNDEB transforma-se em uma engrenagem que alimenta um ciclo vicioso: os que têm mais recebem proporcionalmente mais, enquanto os que mais precisam continuam à margem. A ausência de critérios que considerem as necessidades sociais específicas, como desigualdades raciais, territoriais, culturais e de infraestrutura, limita o potencial redistributivo do fundo.

É por isso que se torna necessário repensar profundamente os fundamentos da redistribuição dentro do FUNDEB. A crítica não se dirige à ideia de um critério nacional de referência — que é fundamental —, mas ao fato de que ele se baseia em indicadores quantitativos descontextualizados das realidades locais. Uma política pública comprometida com a equidade deve superar a tecnocracia fiscalista e incorporar critérios de justiça territorial, vulnerabilidade social, diversidade cultural e garantias para populações historicamente excluídas. Isso significa transitar de um modelo contábil para um modelo político-pedagógico, no qual o financiamento da educação seja um meio de reparação histórica e de promoção ativa da cidadania.

3 A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO E SUA CORRESPONDÊNCIA COM O FUNDEB

A qualidade da educação pública brasileira continua a ser um tema controverso, tensionado por interesses políticos, disputas ideológicas e desigualdades econômicas historicamente estruturadas. Nesse contexto, o Fundeb representa o principal instrumento de financiamento da educação básica, sendo também uma das mais relevantes expressões da luta social por justiça educacional. Contudo, seu impacto sobre a qualidade efetiva da educação depende diretamente do modo como os recursos públicos são geridos, distribuídos e aplicados. A centralidade do financiamento não pode ser compreendida apenas como uma questão de quantidade de recursos, mas, sobretudo, como uma questão de responsabilidade política, técnica e ética.

A qualidade da educação não se esgota em números, índices e metas de desempenho. Ela exige um compromisso com a formação integral dos sujeitos, com a garantia de condições estruturais adequadas, com a valorização do trabalho docente e com o enfrentamento das

desigualdades sociais que atravessam as escolas públicas. Para Saviani (2009, p. 15), “qualidade do ensino implica, antes de tudo, compromisso com a formação humana omnilateral”, o que exige políticas articuladas de financiamento, gestão democrática e participação social. Quando o Fundeb é tratado apenas como uma fórmula de repasse, sem o devido cuidado no uso e no acompanhamento dos recursos, perde-se a oportunidade de transformar realidades escolares.

A mera existência de um fundo constitucional não assegura, por si só, uma educação de qualidade. O que está em jogo é a forma como o dinheiro é administrado, monitorado e vinculado a projetos educacionais consistentes e transformadores. Como adverte Dourado (2019, p. 82), “o FUNDEB não é uma política de financiamento da educação, mas uma política de distribuição de recursos existentes”, revelando que, sem diretrizes robustas de gestão e de prioridade pedagógica, os recursos se diluem em ações fragmentadas, desvinculadas da missão educacional emancipadora. A qualidade educacional está diretamente relacionada ao cuidado com o manejo financeiro e à capacidade das instâncias gestoras de transformar investimento em garantia de direitos.

O vínculo entre financiamento e qualidade torna-se ainda mais evidente quando se observa a precarização do trabalho docente. A valorização dos profissionais da educação, prevista como pilar do FUNDEB, continua sendo alvo de desrespeito nas redes que praticam terceirizações, contratos instáveis e ausência de carreira digna. Frigotto (2015, p. 40) alerta que “a precarização do trabalho docente é parte de um projeto de ajuste estrutural do Estado”, o que compromete a centralidade pedagógica e desumaniza o ambiente escolar. A responsabilidade financeira precisa, portanto, estar aliada à responsabilidade política e pedagógica: não há educação de qualidade sem investimentos planejados e monitorados por critérios de justiça, equidade e compromisso ético.

O dinheiro público destinado à educação deve ser tratado com zelo, precisão e responsabilidade. A qualidade educacional, muitas vezes anunciada como meta, depende, em grande medida, do cuidado rigoroso com o uso dos recursos financeiros. Cada real investido deve refletir um projeto pedagógico comprometido com o bem comum, com a inclusão e com o combate às desigualdades estruturais. O financiamento adequado é condição necessária, mas não suficiente. É o uso ético, eficiente e transparente do recurso que assegura que esse financiamento se traduza em aprendizagens significativas, estrutura física de qualidade, bibliotecas vivas, salas de aula humanizadas e práticas pedagógicas críticas e emancipadoras.

A ausência de uma cultura administrativa pautada pela ética republicana e pela racionalidade pedagógica aprofunda os abismos entre o dinheiro que chega às redes e a qualidade que não se materializa nas escolas. A gestão pública educacional, muitas vezes capturada por interesses locais, políticas de favor e improvisações burocráticas, transforma o FFUNDEB em um recurso operado por conveniências, e não por princípios de equidade. Nessa lógica, o dinheiro se

esvai em contratos questionáveis, reformas superficiais, aquisições padronizadas e projetos que não dialogam com os sujeitos da escola. Como afirma Adrião (2011), o financiamento da educação deve ser articulado a um projeto político-pedagógico comprometido com a justiça social, caso contrário, a política de fundos perpetua desigualdades em vez de superá-las.

Quando a eficiência é convertida em um fetiche meramente contábil, perde-se de vista que a boa gestão exige sensibilidade com as realidades locais, diálogo com as comunidades escolares e compromisso com a formação crítica e emancipadora dos estudantes. A qualidade da educação, nesse sentido, não é um produto a ser entregue, mas um processo construído coletivamente, onde cada recurso deve encontrar destino ético, pedagógico e transformador. As políticas educacionais precisam superar a lógica da fragmentação, da descontinuidade e da submissão ao mercado. A radicalização democrática da gestão dos recursos do Fundeb é imperativa: sem participação social e controle público, o dinheiro corre, mas não chega à sala de aula como direito concretizado.

Uma gestão educacional eficiente exige planejamento técnico, escuta sensível e compromisso ético com os sujeitos envolvidos. A alocação de recursos deve estar ancorada em diagnósticos reais das necessidades escolares e em estratégias articuladas com os projetos políticos-pedagógicos. Não basta gastar mais; é preciso gastar bem. A eficiência na gestão pública educacional está diretamente relacionada à capacidade de transformar o recurso financeiro em garantia de direitos educacionais, como aponta Dourado (2019), ao criticar as políticas de financiamento que não estão vinculadas a um projeto educacional claro. A gestão deve ser, assim, técnica, mas também política no melhor sentido do termo: comprometida com a transformação social.

A boa gestão da educação pública também se constitui na luta contra o desperdício, o clientelismo e a apropriação indevida de recursos. A ética na condução das ações educacionais não se limita à legalidade dos atos administrativos, mas se amplia na direção da justiça social e da coerência entre discurso e prática. Como ensina Freire (1996, p. 78), “não há qualidade sem equidade”, e essa equidade só é possível quando o dinheiro público é usado como instrumento de reparação histórica e não de manutenção de privilégios. A ética na gestão educacional exige responsabilidade com o futuro coletivo, com o bem-estar das infâncias e juventudes, e com a dignidade do ofício docente.

Nesse cenário, a gestão educacional eficiente deve ser entendida como um ato de resistência à lógica tecnocrática que transforma a escola em centro de custos, e o educador em executor de metas burocráticas. A administração do FUNDEB precisa ultrapassar o limite burocrático e se enraizar em compromissos ético-políticos que priorizem os territórios vulnerabilizados, as escolas invisibilizadas e os sujeitos historicamente marginalizados (Cara,

2021). Segundo Cara (2021), "a utilização do VAAT como critério central de redistribuição perpetua um modelo de financiamento que prioriza a capacidade fiscal dos entes federados, em detrimento da equidade territorial e social que deveria orientar as políticas públicas de educação". Por conseguinte, Saviani (2009) aponta que, a educação de qualidade é aquela que, além de assegurar o acesso, garante condições para o sucesso escolar com justiça e igualdade. Portanto, planejar, executar e avaliar a gestão dos recursos públicos é um ato pedagógico em si, pois revela a concepção de sociedade e de educação que se pretende afirmar. A eficiência verdadeira é aquela que respeita a dignidade humana, potencializa os sentidos da escola pública e contribui para a construção de uma democracia substantiva.

Para que a qualidade da educação seja mais do que uma promessa retórica, é urgente uma gestão centrada na valorização dos sujeitos escolares, na eficiência técnica e na ética republicana. Os recursos do FUNDEB devem ser compreendidos como instrumentos de justiça educacional, e não como moeda de barganha política ou objeto de tecnocracias vazias. A boa gestão se expressa na escuta das comunidades escolares, no investimento em infraestrutura de qualidade, na formação continuada de professores e na construção de um currículo crítico. Eficiência, nesse contexto, não se mede apenas por metas, mas pela transformação real da vida de estudantes e educadores.

Por fim, é preciso reafirmar que o FUNDEB, embora fundamental, não é a resposta última à crise da educação pública. A efetividade de seus recursos depende de gestores comprometidos com a ética pública, com o planejamento participativo e com a pedagogia da justiça social. A educação de qualidade é uma construção coletiva que exige coragem política, rigor técnico, transparência financeira e profundo respeito à dignidade humana.

4 A LÓGICA DISTRIBUTIVA DO FUNDEB E SEUS DESAFIOS

O FUNDEB opera como um fundo contábil formado por percentuais de impostos estaduais e municipais, complementado pela União quando necessário. Sua lógica distributiva baseia-se no número de matrículas e no Valor Aluno Ano (VAA), com ajustes pelo VAAT para considerar vulnerabilidades socioeconômicas. Contudo, essa estrutura revela fragilidades profundas.

A vinculação do FUNDEB a impostos locais perpetua desigualdades, pois municípios pobres arrecadam menos, limitando investimentos em educação. Como argumenta Curado (2021, p. 45), "a dependência de receitas locais transforma o FUNDEB em um espelho das desigualdades regionais, em vez de um corretivo". Essa lógica contradiz a retórica de equidade, pois redes com maior capacidade fiscal oferecem ensino de melhor qualidade, enquanto as mais pobres permanecem subfinanciadas.

A governança do FUNDEB é outro ponto crítico. A fiscalização, embora prevista em lei, é

insuficiente. Relatório do Tribunal de Contas da União (TCU, 2022) aponta que 15% dos municípios auditados desviaram recursos do fundo para despesas não educacionais, como pagamento de dívidas. Dourado (2019) destaca que a falta de transparência e a baixa capacidade técnica de gestores locais comprometem a efetividade do fundo, transformando-o em um mecanismo que, em muitos casos, reforça o clientelismo e a corrupção.

A valorização dos profissionais da educação, um dos objetivos do FUNDEB, também enfrenta entraves. A Lei nº 11.738/2008 (BRASIL, 2008) estabelece o piso salarial nacional para o magistério, mas sua implementação é irregular. Segundo o Movimento Todos pela Educação (2023), 40% dos professores da rede pública recebem salários abaixo do piso, especialmente em municípios pobres. Apple (2009) argumenta que a desvalorização docente não é apenas uma questão salarial, mas reflete uma lógica de precarização do trabalho educacional, que impacta diretamente a qualidade do ensino e perpetua exclusões.

A lógica distributiva do FUNDEB, centrada no número de matrículas e no VAA, pode ser analisada sob a lente de Bourdieu (1998), que concebe a escola como um espaço privilegiado de reprodução de desigualdades sociais. Ao valorizar capitais culturais específicos das classes dominantes, o sistema educacional marginaliza grupos vulneráveis, como estudantes com deficiência, indígenas, quilombolas e moradores de áreas rurais, que demandam maior investimento financeiro e pedagógico. Dados do INEP (2023) revelam que apenas 15% das escolas rurais brasileiras possuem acessibilidade adequada para estudantes com deficiência, e menos de 10% das escolas indígenas contam com materiais didáticos culturalmente pertinentes, evidenciando a negligência do FUNDEB em atender essas populações.

Essa abordagem reflete o que Santos (2007, p.78) denomina de “racionalidade instrumental”, que privilegia a eficiência administrativa e a lógica quantitativa de matrículas em detrimento da justiça social, transformando o fundo em um mecanismo que, paradoxalmente, desincentiva a inclusão de quem mais precisa. A colonialidade do poder, conforme proposta por Quijano (2000), oferece uma leitura complementar: o FUNDEB, ao operar dentro de um sistema educacional estruturado por hierarquias raciais e socioeconômicas herdadas do colonialismo, perpetua a subalternização de grupos historicamente marginalizados, como negros, indígenas e quilombolas, cujas escolas recebem, em média, 30% menos recursos per capita do que as urbanas, segundo o Ministério da Educação (MEC, 2024). Essa disparidade evidencia o que Freire (1996, p. 112) denomina de “educação como prática de dominação”, na qual o sistema educacional, em vez de emancipar, reforça posições sociais ao negligenciar as especificidades de sociedades marginalizadas.

Essa lógica distributiva, portanto, não apenas falha em romper com as desigualdades

estruturais, mas as reforça, funcionando como uma armadilha jurídica que legitima a exclusão sob o discurso técnico da universalização. Como alerta Dourado (2019, p. 115), “o financiamento educacional, quando desarticulado de políticas de equidade, torna-se um instrumento de manutenção do *status quo*”, condenando populações vulneráveis a uma educação que perpetua sua marginalidade em vez de promovê-las à emancipação.

Diante desse cenário, torna-se urgente repensar os critérios de distribuição e os mecanismos de governança do FUNDEB, de modo a integrá-los a uma concepção de justiça redistributiva que reconheça as desigualdades históricas e territoriais como elementos centrais do planejamento educacional. Não se trata apenas de aprimorar fórmulas técnicas, mas de redefinir as prioridades políticas do fundo, voltando-o à garantia de uma educação efetivamente inclusiva. É necessário incorporar parâmetros qualitativos, que considerem as especificidades das populações atendidas e as barreiras que enfrentam. Caso contrário, o FUNDEB continuará operando como uma engrenagem de racionalização da exclusão, disfarçada sob a linguagem da eficiência. Reformular sua lógica é, portanto, uma condição para que a educação pública possa se constituir como um verdadeiro instrumento de transformação social.

5 INCLUSÃO OU EXCLUSÃO? IMPACTOS DO FUNDEB NA REDUÇÃO DE VULNERABILIDADES

O FUNDEB ampliou o acesso à educação básica, com aumento de 12% nas matrículas da educação infantil entre 2007 e 2020 (INEP, 2023). A complementação federal permitiu investimentos em infraestrutura e formação docente em regiões pobres, reduzindo parcialmente disparidades. Contudo, esses avanços são insuficientes para enfrentar desigualdades estruturais.

O FUNDEB, ao focar na universalização, ignora as especificidades de populações vulneráveis. Por exemplo, Ribeiro (2021) aponta que escolas em comunidades indígenas e quilombolas recebem recursos insuficientes para atender demandas culturais e logísticas, reforçando sua marginalização.

O FUNDEB, ao basear sua distribuição de recursos no número de matrículas e no VAA, desincentiva investimentos em alunos com necessidades especiais ou em situações de maior vulnerabilidade porque demandam adequação da infraestrutura, formação docente específica e materiais adaptados, todos com custos significativamente mais altos. Dados do Ministério da Educação (MEC, 2024) revelam que apenas 30% dos municípios brasileiros atingiram o padrão mínimo de qualidade do IDEB em 2023, com índices ainda mais baixos em regiões Norte (22%) e Nordeste (25%), onde a maioria dos estudantes em situação de vulnerabilidade está concentrada. O INEP (2023) aponta que apenas 15% das escolas públicas oferecem acessibilidade plena para

estudantes com deficiência, e menos de 20% possuem professores capacitados para a educação inclusiva, evidenciando a falha do FUNDEB em promover equidade.

Hooks (1994, p. 29) argumenta que a educação, quando estruturada sob lógicas excludentes, reforça a marginalização de grupos subalternizados, perpetuando “uma pedagogia da dominação” que silencia vozes dissidentes. Da mesma forma, Davis (2016) destaca que sistemas educacionais que ignoram interseccionalidades de raça, classe e deficiência reproduzem opressões estruturais, mantendo populações marginalizadas em posições de subalternidade. Assim, o FUNDEB, ao priorizar uma lógica quantitativa de matrículas em vez de uma abordagem qualitativa centrada na equidade, revela-se uma armadilha jurídica que, sob o discurso da universalização, legitima a exclusão de quem mais precisa de inclusão, condenando esses grupos a uma educação que reforça desigualdades em vez de superá-las.

A Emenda Constitucional nº 108/2020, ao aumentar a complementação da União ao FUNDEB de 10% para 23% até 2026 e introduzir o VAAT para priorizar redes em contextos de maior vulnerabilidade socioeconômica, tentou corrigir as falhas históricas do fundo em promover equidade. Contudo, os resultados permanecem limitados, revelando a insuficiência de ajustes incrementais frente às desigualdades estruturais do Brasil.

Dados do Ministério da Educação (MEC, 2024) mostram que, mesmo com o novo modelo, apenas 32% dos municípios em regiões Norte e Nordeste atingiram o padrão mínimo de qualidade do IDEB em 2023, em comparação com 48% no Sudeste, evidenciando a persistência de disparidades regionais. Freire (1996, p. 45) nos provoca a questionar: “a quem serve essa educação?”, quando o sistema perpetua exclusões sob a fachada de universalização. O FUNDEB, ao operar sob uma lógica tecnocrática que privilegia indicadores quantitativos, como o número de matrículas, pois mascara as exclusões estruturais ao ignorar as especificidades de populações marginalizadas, como indígenas, quilombolas e estudantes com deficiência.

Fanon (1963) complementa essa crítica ao destacar que sistemas educacionais em contextos pós-coloniais frequentemente reproduzem a colonialidade, mantendo populações racializadas em posições de subalternidade. No Brasil, isso se manifesta na alocação insuficiente de recursos para escolas em comunidades indígenas e quilombolas, que recebem, em média, 25% menos investimento per capita do que escolas urbanas, segundo o INEP (2023).

Diante desse contexto, é imperativo romper com o modelo tecnocrático e uniformizador de financiamento educacional. O enfrentamento das exclusões históricas requer uma política redistributiva ancorada em justiça social e sensível às múltiplas vulnerabilidades que atravessam o território brasileiro. Mais do que ampliar o acesso, é necessário transformar qualitativamente as condições de permanência, valorizando a diversidade e os saberes das comunidades

tradicionalmente marginalizadas. O FUNDEB precisa ser ressignificado como ferramenta de equidade substantiva, e não apenas de compensação numérica. Só assim poderá cumprir seu papel constitucional de garantir uma educação pública inclusiva, emancipadora e comprometida com a superação das desigualdades estruturais.

6 CONCLUSÃO

O FUNDEB, embora tenha ampliado o acesso à educação básica com um aumento de 12% nas matrículas entre 2007 e 2020 (INEP, 2023), não se mostrou eficaz na promoção da inclusão e nem na superação das exclusões estruturais. Sua lógica distributiva, atrelada a receitas locais, reforça desigualdades regionais, condenando as regiões Norte e Nordeste a índices de qualidade educacional significativamente inferiores — apenas 32% dos municípios dessas áreas atingiram o padrão mínimo do IDEB em 2023, contra 48% no Sudeste (MEC, 2024).

A governança frágil do fundo, marcada por desvios de recursos em 15% dos municípios auditados (TCU, 2022), e sua incapacidade de enfrentar barreiras estruturais como pobreza, racismo e capacitismo, limitam seu potencial emancipatório, transformando-o em uma armadilha jurídica que legitima a marginalização de populações vulneráveis — negros, indígenas, quilombolas, pessoas com deficiência e moradores de periferias.

Essa armadilha é agravada pela lógica meritocrática do sistema educacional, inadequada para legitimar o acesso a direitos fundamentais em sociedades extremamente desiguais. Assim, o fundo reproduz uma lógica de colonialidade do poder, negligenciando as especificidades de comunidades indígenas e quilombolas, cujas escolas recebem, em média, 25% menos recursos per capita do que escolas urbanas (INEP, 2023).

Outro ponto crítico na formatação do FUNDEB é a ausência de uma perspectiva interseccional no financiamento educacional, o que impede o enfrentamento efetivo das múltiplas formas de vulnerabilidade que se sobrepõem no território brasileiro.

Dessa forma, é imperativo transcender ajustes cosméticos e reformular radicalmente sua lógica distributiva, priorizando alocações baseadas em necessidades específicas — como as de estudantes com deficiência e comunidades tradicionais — que demandam investimentos até 50% maiores por aluno, segundo estimativas do MEC (2024). A fiscalização deve ser fortalecida, com mecanismos que penalizem desvios e garantam transparência, enquanto o fundo precisa ser integrado a políticas públicas amplas que ataquem as raízes da exclusão social — como a pobreza, o racismo, o sexismo e a colonialidade — de forma intersetorial.

Em um país historicamente marcado por desigualdades profundas, não basta universalizar o acesso à escola — é preciso transformar as estruturas que sustentam a exclusão. O FUNDEB,

enquanto tecnologia jurídica, não pode seguir operando como um instrumento de gerenciamento tecnocrático desvinculado das realidades sociais que mais demandam atenção do Estado. É necessário ressignificá-lo como uma ferramenta de justiça educacional, capaz de enfrentar as múltiplas camadas de vulnerabilidade que atravessam o território brasileiro. Reformular sua lógica distributiva, integrar políticas interseccionais e fortalecer a governança não são medidas acessórias, mas condições estruturantes para que o direito à educação deixe de ser promessa constitucional e se concretize como prática libertadora. Somente assim o FUNDEB poderá tornar-se, de fato, um catalisador de transformação social, cumprindo sua função constitucional de garantir uma educação pública emancipadora, inclusiva e promotora de justiça social.

REFERÊNCIAS

ADRIÃO, Theresa. Privatização da educação no Brasil: implicações para a qualidade e equidade do ensino. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 32, n. 115, p. 379-404, 2011.

APPLE, Michael W. *Ideologia e currículo*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.

Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006. Institui o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 dez. 2006.

Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020. Altera a Constituição Federal para dispor sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 ago. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Relatório de Avaliação do IDEB 2024*. Brasília: MEC, 2024.

CARA, Daniel. O novo FUNDEB: avanços, contradições e possibilidades. *Revista Brasileira de Educação*, v. 26, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-24782021260097>. Acesso em: 21 jul. 2025.

CURADO, Marcelo. *Financiamento da educação básica: o FUNDEB em perspectiva*. São Paulo: Cortez, 2021.

DAVIS, Ângela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DOURADO, Luiz Fernandes. Políticas educacionais e desigualdades no Brasil. *Revista Brasileira de Educação*, v. 24, p. 100-120, 2019.

DOURADO, Luiz Fernandes. Financiamento da educação básica: o novo Fundeb em disputa. In: OLIVEIRA, Romualdo P. de; DUARTE, Newton. *Fundeb em disputa: financiamento, fundos públicos e direito à educação*. Campinas: Autores Associados, 2019.

FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FRIGOTTO, Gaudêncio. *A produtividade da educação e a lógica do capital*. São Paulo: Cortez, 2015.

GANCHOS, Bell. *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano*. Rio de Janeiro: Zahar, 1988. p. 95-104.

HOOKE, Bell. *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade*. Nova Iorque: Routledge, 1994.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA – INEP. *Censo Escolar 2023*. Brasília: INEP, 2023.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Relatório de Avaliação do IDEB 2024*. Brasília: MEC, 2024.

MOVIMENTO TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Relatório Anual: Educação Básica no Brasil*. São Paulo: Todos pela Educação, 2023.

OLIVEIRA, Romualdo. O FUNDEB e a educação básica no Brasil: avanços e desafios. *Educação & Sociedade*, v. 41, p. 1-15, 2020.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (organizador). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Buenos Aires: CLACSO, 2000. p. 201-246.

RIBEIRO, Ana Maria. Educação indígena e quilombola: desafios do financiamento educacional. *Cadernos de Pesquisa*, v. 51, p. 200-215, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2007.

SAVIANI, Dermeval. *História das ideias pedagógicas no Brasil*. Campinas: Autores Associados, 2008.

Educação escolar, políticas públicas e qualidade do ensino: visões em disputa. Campinas: Autores Associados, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Relatório de Auditoria do FUNDEB 2022*. Brasília: TCU, 2022.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. Direito à educação na Constituição Federal. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/83/educacao-2/direito-a-educacao-na-constituicao-federal>. Acesso em: 18 jul.2025.

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E ECONÔMICAS DA PROPOSTA DE TRIBUTAÇÃO EM LOJAS FRANCAS DE CIDADE GÊMEA NO ESTADO DE MATO GROSSO

Adriane A. B. do NASCIMENTO

RESUMO

Este estudo analisa as implicações jurídicas e econômicas da criação do “Regime Cidades Gêmeas/ICMS-MT”, que institui uma tributação de 5% sobre as vendas em lojas francas no município de Cáceres (MT), classificado como cidade-gêmea conforme a Portaria MDR nº 1.080/2019. Do ponto de vista jurídico, questiona-se a constitucionalidade da cobrança obrigatória ao Fundo de Ações Sociais, que compromete a segurança jurídica da isenção prevista no Convênio ICMS nº 91/91. No aspecto econômico, utiliza-se um modelo de dados em painel com efeitos fixos (log-log), considerando dados de cinco municípios com *free shops* em operação no período de 2015 a 2023. Foram realizados testes estatísticos e aplicada robustez por meio de erros-padrão de Driscoll-Kraay. Os resultados revelam que a tributação de 5% pode gerar uma redução média de 22,45% no PIB municipal, com impactos também expressivos para alíquotas menores. Propõem-se alternativas, como tributação progressiva, seletiva ou flexível, para mitigar os impactos negativos. Conclui-se que, da forma como proposta, a medida representa risco jurídico relevante e efeito econômico adverso, comprometendo os objetivos de desenvolvimento regional da política de lojas francas.

PALAVRAS-CHAVE: Lojas francas; Tributação; Política Fiscal; Desenvolvimento Regional; Dados em Painel.

ABSTRACT

This study analyzes the legal and economic implications of the creation of the “Twin Cities Regime/ICMS-MT,” which establishes a 5% tax on sales in duty-free shops in the municipality of Cáceres (MT), classified as a twin city under Portaria MDR No. 1.080/2019. From a legal perspective, the constitutionality of the mandatory contribution to the Social Actions Fund is questioned, as it undermines the legal certainty of the exemption granted by ICMS Agreement No. 91/91. Economically, the analysis employs a fixed-effects panel data model (log-log) using data from five municipalities with operational duty-free shops between 2015 and 2023. Several statistical tests were performed, and robustness was ensured through Driscoll-Kraay standard errors. The results indicate that a 5% tax may lead to an average reduction of 22.45% in municipal GDP, with significant negative impacts also found for lower tax rates. The study proposes alternative approaches, such as progressive, selective, or flexible taxation, to mitigate these effects. It concludes that, as currently proposed, the measure entails significant legal risks and adverse economic consequences, undermining the regional development goals of the duty-free policy.

KEYWORDS: Duty-free shops; Taxation; Fiscal Policy; Regional Development; Panel Data.

1 APRESENTAÇÃO

O Projeto de Lei enviado pelo Governo do Estado de Mato Grosso à Assembleia Legislativa, sob a Mensagem nº 51/2025, propõe a criação de um regime tributário especial denominado “Regime Cidades Gêmeas/ICMS-MT”, referente a lojas francas (*free shops*) instaladas em municípios mato-grossenses fronteiriços com cidades estrangeiras. A medida tem como

principal fundamento a autorização prevista no Convênio ICMS 91/91 do CONFAZ e objetiva estimular o comércio na região Sudoeste-Oeste do estado, especialmente na cidade de Cáceres, reconhecida oficialmente como “cidade-gêmea”. O referido projeto de lei foi aprovado pela Assembleia Legislativa e sancionado pelo Governo do Estado de Mato Grosso (2025).

O município de Cáceres foi oficialmente incluído na lista de cidades-gêmeas por meio da Portaria nº 1.080/2019, editada pelo Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR). A decisão teve como base um estudo técnico elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que analisou os critérios de interdependência transfronteiriça.

Dessa forma, Cáceres tornou-se o primeiro município do Estado de Mato Grosso a obter essa classificação, que possui elevada relevância para a implementação de políticas públicas coordenadas em áreas de fronteira, incluindo comércio, segurança, infraestrutura e desenvolvimento regional. O enquadramento como cidade-gêmea habilita o município a participar de programas federais específicos e a se beneficiar de regimes tributários diferenciados, como o de *free shops* (lojas francas), previstos em normas federais e convênios do CONFAZ.

Todavia, a proposta legislativa do Poder Executivo que institui o regime tributário denominado “Regime Cidades Gêmeas/ICMS/MT”, aplicável às lojas francas, suscita implicações de ordem jurídica, econômica, social e prática que demandam avaliação minuciosa.

Nesse contexto, o objetivo deste estudo é realizar uma abordagem multidisciplinar, combinando análise jurídico-tributária, avaliação do cenário socioeconômico regional, aplicação de metodologia econométrica e proposição de um conjunto de políticas alternativas, com vistas a oferecer subsídios técnicos ao debate público, contribuindo para decisões mais informadas por parte dos formuladores de políticas, parlamentares, agentes públicos e sociedade civil.

Este trabalho está estruturado em cinco seções, além desta introdução: a seção 2 apresenta as considerações jurídico-constitucionais e tributárias; a seção 3 discute o contexto socioeconômico e regional; a seção 4 apresenta a metodologia de dados em painel, as evidências empíricas dos efeitos econômicos da tributação sobre as lojas francas e um conjunto de políticas públicas alternativas; por fim, a seção 5 trata das considerações finais.

2 CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS E TRIBUTÁRIAS

Merece atenção crítica o teor do artigo 2º do Projeto de Lei, bem como de outros dispositivos correlatos, ao estabelecer que a fruição da isenção do ICMS fica condicionada ao recolhimento compulsório de 5% (cinco por cento) do valor da operação beneficiada ao Fundo de Apoio às Ações Sociais de Mato Grosso (FUS-MT).

Tal exigência configura, na prática, a substituição parcial do tributo isento por uma

contribuição estadual, o que suscita dúvidas quanto à natureza jurídica da cobrança, à sua validade formal e material, bem como à compatibilidade com os princípios constitucionais da legalidade tributária, da tipicidade e da vedação ao confisco.

Esse modelo híbrido de benefício condicionado ao pagamento pode ser interpretado como uma exigência indireta de tributo travestido de contribuição parafiscal, o que compromete a segurança jurídica do regime das lojas francas e pode, inclusive, ensejar questionamentos de natureza constitucional e infralegal, por descaracterizar a própria isenção.

Ademais, a exigência de um percentual sobre uma operação já isenta de ICMS pode ser vista como uma forma de “taxar” a isenção, o que levanta novos questionamentos. Ora, se a isenção tem como objetivo desonerar uma determinada operação, a exigência de um pagamento (ainda que a um fundo) sobre essa operação pode esvaziar o sentido da isenção, transformando-a em mera redução de carga tributária, e não em uma dispensa total.

Ainda, o artigo 3º do Projeto de Lei, que institui o Regime Cidades Gêmeas/ICMS-MT ao tratar das consequências pela falta ou insuficiência de recolhimento ao Fundo de Apoio às Ações Sociais de Mato Grosso (FUS-MT), levanta alertas jurídicos e operacionais que merecem análise aprofundada. O dispositivo prevê que o não recolhimento — ainda que parcial ou por erro — implica a perda automática da isenção, aplicando-se a alíquota integral do imposto. Ao prever que a mera inadimplência de um encargo financeiro resulta na automática revogação da isenção e na cobrança da alíquota cheia, o texto configura uma penalidade indireta, o que contraria o princípio da legalidade estrita em matéria tributária.

Interpreta-se que o artigo 3º do Projeto de Lei introduz risco relevante de insegurança jurídica e afronta ao princípio da proporcionalidade, ao estabelecer, de forma automática e sem qualquer gradação ou contraditório, a perda da isenção do ICMS em decorrência do inadimplemento — ainda que parcial ou meramente material — da obrigação acessória de recolhimento ao FUS-MT.

A previsão normativa de aplicação imediata da alíquota cheia do imposto, sem a observância do devido processo administrativo-fiscal e da possibilidade de regularização espontânea por parte do contribuinte, contraria os princípios constitucionais da razoabilidade e da segurança jurídica, consagrados na Constituição Federal de 1988. Na prática empresarial, é comum a ocorrência de situações de inadimplemento involuntário, como erros materiais, falhas operacionais ou divergências interpretativas quanto à forma e ao momento de recolhimento.

Assim, penalizar tais eventos com a revogação integral do benefício fiscal, sem qualquer mecanismo de advertência, notificação prévia ou possibilidade de saneamento da irregularidade, configura rigidez normativa excessiva e desalinhamento com os paradigmas contemporâneos da

administração tributária, que cada vez mais se orientam por modelos de conformidade cooperativa e incentivo à autorregulização.

Nessa linha de reflexão jurídica, a estrutura sancionatória desproporcional prevista no artigo 3º tende a produzir efeitos contraproducentes, como o desestímulo à adesão ao regime especial, a inibição de investimentos produtivos em zonas fronteiriças e a insegurança na organização empresarial das lojas *free shops*, comprometendo os objetivos centrais da política pública que se pretende implementar.

Diferentemente do modelo adotado no Projeto de Lei Complementar em análise (aprovado pela Assembleia Legislativa e sancionado pelo Governo do Estado de Mato Grosso), observa-se que os Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina regulamentaram a instalação das lojas francas exclusivamente por meio de decreto estadual, em estrita observância ao disposto no Convênio ICMS nº 91/91, sem a imposição de quaisquer encargos financeiros adicionais, tais como taxas ou contribuições. Com isso, asseguraram um ambiente normativo estável, juridicamente seguro e atrativo para investidores. Dito isso, a condição financeira imposta às lojas francas no município de Cáceres pode caracterizar desvirtuamento da isenção tributária e comprometer a atratividade do modelo frente às experiências de outros estados.

Em síntese, a legislação ordinária aprovada pela Assembleia Legislativa e sancionada pelo Governo do Estado de Mato Grosso, carece de ajustes jurídicos para garantir sua conformidade constitucional e a eficácia prática do modelo de lojas francas. A imposição de contribuições e a estrutura sancionatória desproporcional comprometem a viabilidade jurídica e econômica do regime proposto.

3 CONTEXTO SOCIOECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO REGIONAL

O reconhecimento de Cáceres como cidade-gêmea assenta-se, prioritariamente, em seu potencial de indução ao desenvolvimento econômico regional, articulado à sua posição geográfica estratégica na faixa de fronteira oeste do Brasil. O estudo técnico do Ipea evidencia que iniciativas como a isenção tributária — notadamente do ICMS — constituem instrumento central para dinamizar a economia local e promover a integração logística e comercial com a Bolívia e, por extensão, com o mercado do Pacífico.

Esse reconhecimento exige, ainda, um conjunto multidimensional de requisitos. Pela pesquisa empírica conduzida pelo Ipea, há fluxo transfronteiriço significativo (infraestrutura de controle fronteiriço federal — Receita Federal, Polícia Federal, Gefron) e, do ponto de vista da infraestrutura, destaca-se a existência de ativos estratégicos, como a rodovia BR-070, que conecta diretamente vários municípios; projetos como a Zona de Processamento de Exportação (ZPE); e a

ligação intermodal até o Pacífico via Bolívia, os quais potencializam a inserção de Cáceres em cadeias logísticas regionais e internacionais. A atividade turística, especialmente com foco na pesca esportiva, também contribui para a economia local, reforçada por fluxos de visitantes no comércio.

Os indicadores socioeconômicos de Cáceres corroboram a necessidade de atenção por parte do poder público. Com população estimada em 89.681 habitantes (IBGE, 2022a), a economia municipal é majoritariamente baseada no setor de serviços, com participação de 51,09% na composição econômica; administração, defesa, educação e saúde representam 30,48%; a agropecuária extensiva, 9,48%; e a indústria, 8,95%. Esse arranjo econômico demonstra a necessidade urgente de políticas que promovam o crescimento expressivo do turismo, do comércio e do varejo.

Ademais, conforme dados do Cadastro Único, Cáceres apresenta o maior número absoluto de cadastrados no estado, com 50.229 pessoas, o que representa cerca de 43% da população em situação de pobreza e 29% em baixa renda, totalizando 72% da população cadastrada em condições de vulnerabilidade. Os dados indicam forte dependência de políticas sociais, com concentração significativa de famílias com renda inferior a meio salário-mínimo *per capita* (ver tabela 1).

	Pessoas Cadastradas e Famílias em Situação de Pobreza	Pessoas Cadastradas e Famílias de Baixa Renda	Pessoas Cadastradas e Famílias Acima de ½ de Salário-Mínimo	Total
Cáceres	21.406 (43%)	14.630 (29%)	14.193 (28%)	50.229

Tabela 1 – Perfil da População Integrante do Cadastro Único.

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados extraídos do Programa Bolsa Família (Brasil, 2025a) e CadÚnico (Brasil, 2025b).

Cáceres, apesar de seu papel como polo regional estratégico, revela um cenário socioeconômico preocupante. O município concentra o maior número absoluto de pessoas cadastradas no CadÚnico (50.229), das quais 72% estão em condição de vulnerabilidade social (pobreza e baixa renda). O PIB *per capita* é apenas intermediário, e o Índice FIRJAN de Desenvolvimento Municipal (IFDM) permanece aquém do desempenho observado em municípios vizinhos, como Pontes e Lacerda (FIRJAN, 2025a). Esses dados evidenciam a urgência de políticas públicas robustas voltadas à inclusão social, à geração de oportunidades e ao fortalecimento das atividades econômicas locais, com foco na superação de desigualdades e na construção de um desenvolvimento regional mais equitativo.

Diante dos elevados índices de vulnerabilidade e da longa trajetória histórica de Cáceres — com seus 247 anos de existência —, a política de isenção tributária prevista no projeto das lojas francas deve ser compreendida não apenas como um mecanismo fiscal, mas como instrumento estratégico de indução ao desenvolvimento regional. Trata-se de um eixo estruturante para a promoção do fortalecimento socioeconômico local. Mais do que reduzir encargos, essa política tem

o potencial de dinamizar a economia cacerense, mitigar desigualdades territoriais, consolidar conexões transfronteiriças sustentáveis e fomentar a inclusão produtiva em áreas historicamente negligenciadas pelas políticas de desenvolvimento. É uma medida que alia justiça fiscal à responsabilidade com o futuro regional.

4 METODOLOGIA, EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS E POLÍTICAS PÚBLICAS ALTERNATIVAS

Com o intuito de qualificar o debate público e subsidiar a tomada de decisão por parte dos agentes públicos e *stakeholders* locais, foi desenvolvido um estudo econométrico específico para avaliar o impacto da tributação proposta sobre a atividade econômica do município de Cáceres.

O estudo utiliza dados de municípios fronteiriços com lojas francas já em operação, com características similares às de Cáceres, e adota um modelo econométrico de dados em painel, realizando diversos testes de robustez, bem como apresentando um conjunto de alternativas possíveis.

Esta seção está dividida em três subseções. A primeira descreve a metodologia econométrica de dados em painel; a segunda detalha o modelo adotado e os resultados empíricos obtidos; e a terceira apresenta breves recomendações de políticas públicas a serem adotadas como alternativas à cobrança de 5% sobre as vendas nas lojas francas.

4.1 Modelo Econométrico de Dados em Painel

Segundo Baltagi (2008), Marques (2000), Hsiao (2003) e Cameron e Trivedi (2005), a adoção do modelo de dados em painel apresenta diversas vantagens metodológicas, apesar de algumas limitações. Entre os benefícios, destacam-se a capacidade de capturar heterogeneidades individuais (que podem ou não variar ao longo do tempo), a redução da tendenciosidade nas estimativas, o maior grau de liberdade e a eficiência dos estimadores, além de maior variabilidade, riqueza informacional e menor multicolinearidade.

Entretanto, entre os desafios associados à aplicação desse tipo de dados, podem ser mencionadas dificuldades na obtenção de séries completas, problemas de especificação relacionados à heterogeneidade não mensurada entre unidades ou ao longo do tempo, e questões de seleção amostral não aleatória, como autoseletividade, atrito e não resposta.

Consoante Greene (2008), Cameron e Trivedi (2009) e Gujarati e Porter (2011), os dados em painel podem ser classificados nas seguintes tipologias:

- Painéis curtos e longos: os painéis curtos são caracterizados por um número de unidades (N) superior ao de períodos (T), ou seja, $N > T$; os painéis longos

apresentam a relação inversa ($N < T$);

- Painel balanceado e painel desbalanceado: painéis balanceados revelam-se aqueles onde o número de períodos T é exatamente o mesmo para todos os indivíduos i , em outras palavras, cada corte transversal apresenta como característica o mesmo período de tempo ($T_i = T$ para todo i); os painéis desbalanceados comportam-se de maneira oposta, apresentando diferentes números de períodos T , ou seja, a dimensão do tempo varia para cada indivíduo ($T_i \neq T$);
- Painel de dados fixos e painel de dados aleatórios: no painel de dados fixos, os mesmos indivíduos são observados em todos os períodos; já no painel de dados aleatórios, o conjunto de indivíduos varia ao longo do tempo;
- Painel estático e painel dinâmico: painéis estáticos não incluem defasagens da variável dependente como variável explicativa; painéis dinâmicos, por outro lado, as incluem.

De acordo com Greene (2008), a equação fundamental do modelo de dados em painel está estruturada da seguinte forma:

$$y_{it} = x'_{it}\beta + z'_i\alpha + \varepsilon_{it} \quad (1),$$

em que: y_{it} é a variável dependente para o indivíduo i no tempo t ; x'_{it} é o vetor de variáveis que variam ao longo do tempo; β é o vetor de coeficientes associados às variáveis x'_{it} ; z'_i é o vetor de variáveis que não variam ao longo do tempo; α é o vetor de coeficientes das variáveis z'_i ; e ε_{it} é o erro ou termo estocástico.

A estimação de regressões com dados em painel requer, paralelamente, a realização de testes econométricos, com vistas à obtenção do modelo mais apropriado, levando em consideração as particularidades dos dados. Segundo Greene (2008), podem-se considerar os seguintes modelos: *pooled*, efeitos fixos (EF), efeitos aleatórios (EA) e parâmetros aleatórios (PA). No modelo *pooled*, todos os indivíduos compartilham o mesmo intercepto. Nos modelos de efeitos fixos, há variações entre os interceptos de cada indivíduo, que permanecem constantes ao longo do tempo. Os modelos de efeitos aleatórios consideram a aleatoriedade da inclusão do indivíduo na amostra. Já os modelos de parâmetros aleatórios se caracterizam pela ausência de heterogeneidade tanto no termo constante quanto nos coeficientes das variáveis explicativas.

4.1.1 Modelo Pooled

De acordo com Greene (2008), o modelo *pooled* representa a forma mais simples de estimação com dados em painel, caracterizando-se pela presença de um único intercepto comum a todos os indivíduos. Quando o vetor contém apenas um termo constante, a estimação via Mínimos Quadrados Ordinários (MQO) resulta em estimadores eficientes e consistentes, desde que determinadas condições sejam satisfeitas:

$$\begin{aligned} E[\varepsilon_{it}, x_{i1}, x_{i2}, \dots] &= 0 \\ \text{VAR}[\varepsilon_{it}, x_{i1}, x_{i2}, \dots] &= \alpha_e^2 \\ \text{COV}[\varepsilon_{it}, \varepsilon_{js}, x_{i1}, x_{i2}, \dots] &= 0, \text{ se } i \neq j \text{ ou } t \neq s. \end{aligned}$$

Uma vez que tais condições sejam atendidas, os erros são considerados esféricos, ou seja, atendem aos pressupostos de homocedasticidade, ausência de autocorrelação e exogeneidade estrita. Nesse cenário, os estimadores MQO são não tendenciosos e eficientes. Contudo, é pouco provável que tais pressupostos sejam plenamente observados em aplicações empíricas. A não consideração das heterogeneidades entre os indivíduos pode comprometer a consistência dos estimadores obtidos pelo modelo *pooled*.

4.1.2 Modelo de Efeito Fixo

O modelo de efeitos fixos permite o controle da heterogeneidade não observada entre os indivíduos, desde que esta permaneça constante ao longo do tempo. Segundo Greene (2008), esse modelo considera que cada indivíduo possui um intercepto próprio, que capta características invariantes no tempo. Os coeficientes das variáveis explicativas, por sua vez, são considerados constantes entre os indivíduos e ao longo do tempo. De acordo com Hill, Griffiths e Judge (1999), a especificação geral do modelo pode ser estruturada da seguinte forma:

$$y_{it} = \alpha_i + \beta_1 x_{it} + \dots + \beta_k x_{kit} + e_{it} \quad (2)$$

Nesse modelo, α_i corresponde aos interceptos a serem estimados individualmente para cada agente. Dado que os parâmetros resposta são constantes entre os agentes e ao longo do tempo, o intercepto passa a refletir as diferentes características comportamentais dos indivíduos. De forma mais precisa, α_i expressa o impacto das variáveis ocultas no modelo proposto.

Alternativamente, a heterogeneidade individual pode ser capturada por meio da introdução de variáveis *dummy* para cada indivíduo, resultando na seguinte representação:

$$y_{it} = \beta_0 + \beta_1 x_{1it} + \beta_2 x_{2it} + \dots + \beta_k x_{kit} + \gamma_1 D_{1i} + \gamma_2 D_{2i} + \gamma_3 D_{3i} + \dots + \gamma_n D_{ni} + e_{it} \quad (3)$$

Em que D_{ni} é uma variável *dummy* que assume valor 1 para o indivíduo $i = n$ e 0, caso contrário. No entanto, como essa equação apresenta uma variável binária para cada agente, isso desencadeia um problema de multicolinearidade perfeita. Para evitá-lo, é necessário omitir uma das

variáveis *dummy*:

$$y_{it} = \beta_0 + \beta_1 x_{1it} + \beta_2 x_{2it} + \dots + \beta_k x_{kit} + \gamma_2 D_{2i} + \gamma_3 D_{3i} + \dots + \gamma_n D_{ni} + e_{it} \quad (4)$$

em que $\beta_0, \beta_1, \beta_2, \dots, \beta_k, \gamma_2, \gamma_3, \dots, \gamma_n$ representam os parâmetros a serem estimados. Dado que $i=1$, então o intercepto corresponde a $\beta_0 = \alpha_1$. E se $i \geq 2$, então o intercepto será $\beta_0 + \gamma_i$. Pode-se afirmar que o modelo de efeitos fixos é estimado por meio dos Mínimos Quadrados Ordinários (MQO), cujas estimativas são não tendenciosas, consistentes, com erros normalmente distribuídos, variância constante e sem autocorrelação.

Conforme Wooldridge (2010), estimar o modelo com variáveis binárias e com efeitos fixos leva a resultados semelhantes. Ressalta-se, no entanto, que o uso de *dummies* não é trivial nesse tipo de modelo, pois mesmo com um número reduzido de agentes, a quantidade de parâmetros a ser estimada aumenta significativamente. Além disso, há dificuldades na implementação dessa regressão em certos pacotes econométricos quando o número de agentes é elevado.

Para testar a adequação do modelo, é necessário verificar se os interceptos diferem entre os agentes. Segundo Griffiths, Hill e Judge (1993) temos que:

$$H_0: \alpha_{01} = \alpha_{02} = \dots = \alpha_{0k}$$

$$H_1: \text{Interceptos } \alpha_i \neq \alpha_j$$

A estatística F é empregada para testar tais hipóteses. Ao rejeitar H_0 , confirma-se a adequação do modelo. Segundo Wooldridge (2010), embora o estimador do intercepto ($\hat{\alpha}_i$) não seja tendencioso, ele pode ser inconsistente quando há muitos indivíduos na amostra, pois a adição de uma nova observação *cross-section* implica a introdução de um novo α_i . Assim, quanto maior o número de períodos (T), melhor será a estimativa dos α_i .

Ainda segundo o autor, em situações em que o intercepto (α_i) se correlaciona com as variáveis explicativas em qualquer período de tempo, o modelo de efeitos fixos se revela como a melhor opção. Ressalta-se também que o uso desse modelo é adequado quando há dados de toda a população e se deseja realizar análises individuais.

4.1.3 Modelo de Efeito Aleatório

O modelo de efeitos aleatórios compartilha algumas características com o modelo de efeitos fixos, como a existência de interceptos diferentes entre os indivíduos e constantes ao longo do tempo. Contudo, a distinção essencial está na forma de tratamento dessa heterogeneidade. No modelo de efeitos aleatórios, assume-se que os interceptos individuais são variáveis aleatórias extraídas de uma distribuição comum, representando uma amostra aleatória de uma população maior.

O modelo geral será dado por:

$$y_{it} = -\beta_0 + \beta_1 x_{1it} + \dots + \beta_k x_{kit} + v_{it} \quad (5)$$

Em que:

$$v_{it} = e_{it} + \alpha_i \quad (6)$$

No qual α_i é o componente de heterogeneidade não observada entre os indivíduos e e_{it} é o erro idiossincrático. As propriedades de v_{it} são:

1. $E(v_{it}) = 0$
2. $\text{Var}(v_{it}) = \sigma_e^2 + \sigma_\alpha^2$
3. $\text{Cov}(v_{it}, v_{is}) = \sigma_\alpha^2, \quad \forall \quad t \neq s$
4. $\text{Cov}(v_{it}, v_{jt}) = 0, \quad \forall \quad i \neq j$

Para Hill, Griffiths e Judge (1999), as propriedades 1 e 2 indicam que v_{it} é homocedástico, ou seja, possui média zero e variância constante. A propriedade 3 revela a presença de autocorrelação, isto é, correlação dos erros de um agente ao longo do tempo. A propriedade 4 indica ausência de correlação contemporânea, ou seja, não há correlação entre os erros de diferentes indivíduos em um mesmo período.

Em caso de autocorrelação, é necessário substituir o método de Mínimos Quadrados Ordinários (MQO), utilizado no modelo de efeitos fixos, pelo método de Mínimos Quadrados Generalizados (MQG), que produz estimadores mais adequados.

Segundo Marques (2000), alguns benefícios do modelo de efeitos aleatórios incluem: flexibilidade para empregar bases de dados de diferentes tamanhos; possibilidade de superação de entraves no quadro econométrico comum; maior aprofundamento teórico nos estudos com esse modelo; e simplicidade na explicação dos resultados da estimação.

4.1.4 Testes Econométricos em Dados em Painel

A escolha adequada entre os modelos *pooled*, de efeitos fixos e de efeitos aleatórios, bem como a identificação de problemas nos resíduos, requer a aplicação de testes econométricos específicos.

O teste de Chow compara o modelo *pooled* com o de efeitos fixos. A hipótese nula de igualdade dos interceptos individuais é rejeitada quando o *p-valor* é inferior a 10%, indicando superioridade do modelo de efeitos fixos.

O teste de Breusch-Pagan LM avalia se o modelo *pooled* pode ser substituído pelo de efeitos aleatórios. A rejeição da hipótese nula (*p-valor* < 10%) sugere a adoção do modelo de efeitos

aleatórios.

O teste de Hausman compara os modelos de efeitos fixos e aleatórios. Se o *p-valor* for inferior a 10%, rejeita-se a hipótese de exogeneidade dos efeitos individuais, favorecendo o modelo de efeitos fixos.

Além disso, para detectar problemas como heterocedasticidade (resíduos com variância não constante), ausência de significância conjunta (coeficientes simultaneamente nulos), autocorrelação (correlação dos erros de um mesmo indivíduo em diferentes períodos) e correlação contemporânea (entre erros de diferentes indivíduos em um mesmo período), aplicam-se os testes de Breusch-Pagan, Wald, Wooldridge e Pesaran.

O teste de Wooldridge verifica autocorrelação serial. A presença de autocorrelação é indicada por *p-valores* inferiores a 10%. Em relação ao teste de Wald, avalia heterocedasticidade: *p-valores* abaixo de 10% sugerem sua presença. Também verifica a significância conjunta: *p-valores* acima de 10% indicam ausência de rejeição da hipótese nula (coeficientes conjuntamente nulos. Por fim, o teste de Pesaran analisa a correlação contemporânea entre unidades. A rejeição da hipótese nula (*p-valor* < 10%) indica dependência cruzada entre os indivíduos.

Na presença de heterocedasticidade (resíduos distribuídos de maneira muito dispersa e pouco homogênea) e/ou autocorrelação (correlação dos erros dos mesmos indivíduos em diferentes períodos), exige-se que o teste a ser empregado para comparar o modelo de efeitos fixos com o modelo de efeitos aleatórios seja o teste de Mundlak (Adkins; Hill, 2008).

O teste de Mundlak testa a hipótese nula de que o modelo apresenta características de efeitos aleatórios contra a hipótese alternativa de que o modelo apresenta características de efeitos fixos. Assim, considerando uma significância estatística de até 10%, um *p-valor* abaixo desse percentual rejeita a hipótese nula de modelo de efeitos aleatórios, o que indica a adoção de modelos de efeitos fixos. Por outro lado, um *p-valor* acima de 10% não rejeita a hipótese nula, o que aponta para a adoção do modelo de efeitos aleatórios.

Na presença simultânea dos três problemas mencionados — autocorrelação, heterocedasticidade e correlação contemporânea —, recomenda-se a aplicação da estimação com erros padrão de Driscoll-Kraay, que ajusta o modelo a essas características dos dados em painel. De forma mais específica, esse método ajusta a matriz de variância-covariância dos erros para fornecer erros padrão robustos. Uma de suas principais vantagens é a não exigência de um grande número de períodos (T), o que o torna especialmente útil em painéis curtos, com muitas unidades e poucos períodos — características do modelo adotado neste estudo (Driscoll; Kraay, 1998).

4.2 DESCRIÇÃO DO MODELO E RESULTADOS

Esta subseção define o modelo econométrico adotado e analisa empiricamente o efeito de uma possível tributação de 5% sobre as vendas nas lojas francas no PIB de Cáceres. Para isso, foram utilizadas cinco cidades de diferentes unidades federativas que apresentam *free shops* e que guardam características econômicas, sociais e geográficas similares às do município de Cáceres. Os municípios analisados foram: Santana do Livramento (RS), Foz do Iguaçu (PR), Jaguarão (RS), Uruguaiana (RS) e Dionísio Cerqueira (SC). O estudo abrangeu o período de 2015 a 2023.

Para a estimação dos efeitos, foi empregado um modelo de dados em painel com efeitos fixos (log-log), que contempla tanto a variação temporal quanto entre cidades. A variável resposta é o PIB municipal (valores correntes, R\$) de cada uma das cidades analisadas. Já as variáveis explicativas consideradas são:

- quantidade de empregos formais;
- gastos públicos em razão do PIB (valores correntes, R\$);
- unidades locais (quantidades de empresas);
- tributação condicional de 5% sobre as vendas nas lojas francas (variável *proxy*, calculada pelo produto entre o volume das importações advindas dos países fronteiriços, 5%, e a variável binária para identificar se há ou não lojas francas no ano em questão);
- volume de exportação (valores correntes, US\$);
- cenário antes, durante ou depois da Covid-19 (variável binária; 0 se não havia pandemia da covid-19 no ano em questão e 1, se sim);
- PIB dos países que fazem fronteira imediata com o município (valores correntes, US\$);
- taxa de juros (overnight/selic);
- taxa de câmbio nominal (valores correntes)

Todos os dados foram obtidos em fontes públicas como Comex Stat, IBGE, Firjan, Ipea e Banco Mundial. O modelo de dados em painel adotado neste estudo está estruturado da seguinte forma:

$$\begin{aligned} \text{LogPIB}_{it} = & \beta_0 + \beta_1 \text{logempregos\_formais}_{it} + \beta_2 \text{loggasto\_publico\_pib}_{it} \\ & + \beta_3 \text{logunidades\_locais}_{it} + \beta_4 \text{logtribut\_condicional}_{it} + \beta_5 \text{logexport}_{it} \\ & + \beta_6 \text{covid\_19}_{it} + \beta_7 \text{logpib\_ext}_{it} + \beta_8 \text{logtx\_juros}_{it} + \beta_9 \text{logtx\_cambio}_{it} \\ & + \varepsilon_{it} \quad (7) \end{aligned}$$

A tabela 2 apresenta e descreve os termos da função do modelo de determinantes da desigualdade salarial.

Termos	Siglas	Descrição

Termos gerais	(i)	Representa o número de indivíduos, que corresponde aos municípios analisados.
	(t)	Representa o período em questão, isto é, de 2015 a 2023. 4 anos.
Termo Dependente	(w)	Corresponde ao PIB municipal.
Termos independentes	(log_empregos_formais)	Quantidade de empregos formais.
	(log_gasto_publico_pib)	Gastos públicos em razão do PIB.
	(log_unidades_locais)	Quantidades de empresas.
	(log_tribut_condicional)	Tributação condicional em 5% sobre as vendas nas lojas francas.
	(log_export)	Valores correntes, US\$.
	(covid-19)	Cenário antes, durante ou depois da Covid-19
	(log_pib_ext)	PIB dos países que fazem fronteira imediata com o município.
	(tx_juros)	Overnight em razão do Selic.
	(log_tx_cambio)	R\$/US\$, valores correntes.
	β_0	Constante.
	β_1	Medida de sensibilidade dos empregos formais sobre o PIB municipal.
	β_2	Medida de sensibilidade do gasto público/PIB sobre o PIB municipal.
	β_3	Medida de sensibilidade das unidades locais sobre o PIB municipal.
	β_4	Medida de sensibilidade da tributação condicionada sobre o PIB municipal.
	β_5	Medida de sensibilidade das exportações sobre o PIB municipal.
	β_6	Medida de sensibilidade da covid-19 sobre o PIB municipal.
	β_7	Medida de sensibilidade do PIB externo sobre o PIB municipal.
	β_8	Medida de sensibilidade da taxa de juros sobre o PIB municipal.
	β_9	Medida de sensibilidade da taxa de câmbio sobre o PIB municipal.
	ε_{it}	Termo estocástico.

Tabela 2 – Descrição dos Termos do Modelo de Determinantes da Desigualdade Salarial. Fonte: Elaboração própria.

Após estimar o modelo econométrico de dados em painel, com os diferentes testes estatísticos necessários (Chow, Breusch-Pagan LM, Hausman, Wooldridge, Breusch-Pagan, Wald e Pesaran), observou-se a presença de correlação contemporânea (resíduos de diferentes unidades correlacionando-se entre si no mesmo período). Tal problema foi corrigido pela estimação do modelo com efeitos fixos e erros robustos de Driscoll-Kraay (ver resultados no anexo A).

Os resultados revelaram que uma tributação de 5% sobre as vendas nas lojas francas das cidades fronteiriças gera, em média, uma queda de 22,45% no PIB municipal, considerando-se *ceteris paribus*. Isso representa uma perda potencial de produção agregada e de atividade econômica no município (ver resultados no anexo A e cálculos no anexo B).

Esses resultados oferecem evidência empírica robusta de que a tributação proposta pode comprometer significativamente a atividade econômica de Cáceres. Ainda que a finalidade da medida — destinar os recursos arrecadados a ações sociais — seja louvável, sua adoção pode gerar

efeitos contraproducentes, como queda na produção local, na renda e, conseqüentemente, na arrecadação.

4.3 BREVES RECOMENDAÇÕES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Diante dos resultados obtidos, apresenta-se, a seguir, um conjunto de alternativas que podem mitigar os impactos negativos sobre o PIB municipal e tornar essa política fiscal mais sensível ao contexto econômico de Cáceres.

1. Redução da alíquota proposta

Considerar a adoção de alíquotas mais baixas, como 1% ou 2,5%, que, conforme simulações adicionais, gerariam impactos significativamente menores sobre o PIB municipal — de 13,23% e 18,48%, respectivamente —, preservando parte da arrecadação desejada para ações sociais (ver anexo B).

2. Adoção de tributação progressiva

Implementar um sistema no qual empresas com maior faturamento ou volume de vendas contribuam proporcionalmente mais, preservando a competitividade das micro e pequenas empresas locais.

3. Tributação seletiva sobre produtos específicos

Restringir a incidência da alíquota apenas a produtos considerados supérfluos ou nocivos à saúde, como bebidas alcoólicas, cigarros e cosméticos de luxo, conforme já autorizado pela legislação federal.

4. Monitoramento anual com cláusula de revisão

Estabelecer um cronograma de avaliação dos efeitos econômicos da medida, com possibilidade de revisão da alíquota em caso de queda acentuada da produção ou do comércio local.

5. Criação de um fundo de compensação econômica local

Destinar uma parcela da arrecadação à formação de um fundo municipal de apoio ao desenvolvimento produtivo, à inovação e à qualificação da mão de obra, de modo a compensar parcialmente os efeitos da tributação.

6. Estabelecimento de um teto de arrecadação

Fixar um montante máximo anual de arrecadação por meio da tributação, a fim de evitar sobrecarga fiscal ao setor, adotando gatilhos para suspensão ou redução automática da alíquota.

7. Adoção de uma alíquota flexível com base em ciclo econômico

Implementar uma alíquota contracíclica, que seja reduzida em cenários de crise, instabilidade ou baixa atividade econômica; e elevada em períodos de crescimento, aquecimento da economia ou excesso de demanda. Tal abordagem tende a minimizar os impactos negativos sobre o

crescimento e a melhorar a previsibilidade para o setor privado.

8. Participação social e pactual federativa

Promover consultas públicas com empresários, consumidores e organizações locais para legitimar a política e incorporar visões práticas do setor produtivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das evidências jurídicas e empíricas apresentadas, constata-se que a imposição de uma alíquota de 5% sobre as vendas das lojas francas, mesmo travestida de contribuição social, representa uma quebra na lógica da isenção fiscal prevista para esse regime. Tal medida não apenas gera insegurança jurídica e pode afrontar preceitos constitucionais, como também se mostra contraproducente do ponto de vista econômico, ao comprometer a atividade produtiva local.

A análise econométrica realizada com base em dados de municípios com lojas francas em funcionamento indica que uma tributação de 5% implicaria uma redução média de 22,45% no PIB municipal. Mesmo com alternativas de alíquotas menores, como 1% ou 2,5%, os impactos estimados sobre a produção local ainda seriam negativamente significativos, na ordem de 13,23% e 18,48%, respectivamente.

Nesse contexto, recomenda-se que o Poder Público estadual reveja sua posição e considere alternativas mais equilibradas, como a adoção de alíquotas progressivas, tributação seletiva sobre produtos supérfluos ou a implementação de uma política tributária flexível, com mecanismos de revisão periódica baseados em indicadores de desempenho econômico. Ademais, a criação de fundos locais de compensação e o engajamento de atores locais por meio de mecanismos de participação social podem assegurar maior aderência e legitimidade à política fiscal adotada.

A política de lojas francas, quando bem estruturada e juridicamente segura, pode se tornar um instrumento indutor de desenvolvimento regional sustentável, contribuindo para a dinamização econômica de Cáceres, a geração de emprego e renda e a superação das desigualdades sociais que ainda persistem no município. Por isso, é essencial que sua regulamentação seja cuidadosamente calibrada, técnica e institucionalmente.

ANEXO A – *OUTPUTS* DO MODELO

Este anexo contém os resultados (*outputs*) dos diferentes testes do modelo de dados em painel adotado no estudo, bem como o modelo final ajustado com efeitos fixos e com erros robustos de Driscoll-Kraay.

```

=== Teste de Chow ===
Model Comparison
=====
Dep. Variable      log_pib
Estimator          PooledOLS
No. Observations    32
Cov. Est.          Robust
R-squared          0.9995
R-Squared (Within) 0.9994
R-Squared (Between) 0.9999
R-Squared (Overall) 0.9995
F-statistic        5356.6
P-value (F-stat)   0.0000
=====
Effects
=====
Entity
=====
T-stats reported in parentheses

```

	Pooled	Fixos
Dep. Variable	log_pib	log_pib
Estimator	PooledOLS	PanelOLS
No. Observations	32	32
Cov. Est.	Robust	Robust
R-squared	0.9995	0.9996
R-Squared (Within)	0.9994	0.9996
R-Squared (Between)	0.9999	0.7765
R-Squared (Overall)	0.9995	0.9588
F-statistic	5356.6	4749.2
P-value (F-stat)	0.0000	0.0000
const	8.4590 (7.0934)	-0.9432 (-0.2195)
log_empregos_formais	0.2052 (1.8457)	0.9440 (2.5476)
log_gasto_publico_pib	-0.9935 (-160.56)	-1.0031 (-108.98)
log_unidades_locais	0.7454 (5.6178)	0.4677 (2.6575)
log_tribut_condicional	-0.0391 (-2.9719)	-0.0574 (-3.7236)
log_export	0.0882 (2.3925)	0.0776 (1.5343)
covid_19	-0.3239 (-5.6690)	-0.2642 (-4.0640)
log_pib_ext	0.0231 (0.5697)	0.2224 (1.4075)
tx_juros	-0.0160 (-3.4060)	-0.0146 (-2.6727)
log_tx_cambio	1.1324 (5.2067)	0.9986 (4.8687)

Figura 1 – Teste de Chow. Fonte: Extraído do *python 3.13*.

```

=== Teste de Breusch-Pagan LM (manual) ===
LM statistic: 0.8021
P-valor: 0.3705

```

Figura 2 – Teste de Breusch-Pagan LM. Fonte: Extraído do *python 3.13*.

```

=== Teste de Hausman ===
Model Comparison
=====
Dep. Variable      log_pib
Estimator          PanelOLS
No. Observations    32
Cov. Est.          Robust
R-squared          0.9996
R-Squared (Within) 0.9996
R-Squared (Between) 0.7765
R-Squared (Overall) 0.9588
F-statistic        4749.2
P-value (F-stat)   0.0000
=====
Effects
=====
Entity
=====
T-stats reported in parentheses

```

	Fixos	Aleatorios
Dep. Variable	log_pib	log_pib
Estimator	PanelOLS	RandomEffects
No. Observations	32	32
Cov. Est.	Robust	Unadjusted
R-squared	0.9996	0.9995
R-Squared (Within)	0.9996	0.9994
R-Squared (Between)	0.7765	0.9999
R-Squared (Overall)	0.9588	0.9995
F-statistic	4749.2	5356.6
P-value (F-stat)	0.0000	0.0000
const	-0.9432 (-0.2195)	8.4590 (5.9023)
log_empregos_formais	0.9440 (2.5476)	0.2052 (1.5511)
log_gasto_publico_pib	-1.0031 (-108.98)	-0.9935 (-93.076)
log_unidades_locais	0.4677 (2.6575)	0.7454 (4.8662)
log_tribut_condicional	-0.0574 (-3.7236)	-0.0391 (-2.2024)
log_export	0.0776 (1.5343)	0.0882 (2.2751)
covid_19	-0.2642 (-4.0640)	-0.3239 (-6.2647)
log_pib_ext	0.2224 (1.4075)	0.0231 (0.4408)
tx_juros	-0.0146 (-2.6727)	-0.0160 (-2.2396)
log_tx_cambio	0.9986 (4.8687)	1.1324 (4.9935)

Figura 3 – Teste de Hausman. Fonte: Extraído do *python 3.13*.


```

=== Teste de Mundlak ===
/Library/Frameworks/Python.framework/Versions/3.13/lib/python3.13/site-packages/linearmodels/panel/results.py:89: RuntimeWarning: invalid value encountered in sqrt
return Series(np.sqrt(np.diag(self.cov)), self._var_names, name="std_error")
RandomEffects Estimation Summary
=====
Dep. Variable:      log_pib  R-squared:          0.9997
Estimator:         RandomEffects  R-squared (Between): 1.0000
No. Observations:   32      R-squared (Within):    0.9996
Date:              Fri, Jun 27 2025  R-squared (Overall): 0.9997
Time:              17:38:20    Log-likelihood      47.829
Cov. Estimator:     Unadjusted

Entities:           5      F-statistic:        2521.4
Avg Obs:           6.4000  P-value            0.0000
Min Obs:           4.0000  Distribution:       F(17,14)
Max Obs:           9.0000  F-statistic (robust): 2351.3
Time periods:      9      P-value            0.0000
Avg Obs:           3.5556  Distribution:       F(17,14)
Min Obs:           2.0000
Max Obs:           5.0000

```

Figura 4 - Teste de Mundlak. Fonte: Extraído do *python 3.13*.

```

T-stats reported in parentheses

=== Teste de Wooldridge (Durbin-Watson) ===
2.111597372522605

=== Teste de Breusch-Pagan ===
LM stat: 9.285856533737245, p-value: 0.4113166076338698

=== Teste de Wald (Efeitos Fixos) ===
Linear Equality Hypothesis Test
H0: Linear equality constraint is valid
Statistic: 69177.0913
P-value: 0.0000
Distributed: chi2(9)

=== Teste de Pesaran (via kernel) ===
PooledOLS Estimation Summary
=====
Dep. Variable:      log_pib  R-squared:          0.9995
Estimator:         PooledOLS  R-squared (Between): 0.9999
No. Observations:   32      R-squared (Within):  0.9994
Date:              Fri, Jun 27 2025  R-squared (Overall): 0.9995
Time:              15:42:39    Log-likelihood      42.479
Cov. Estimator:     Driscoll-Kraay

Entities:           5      F-statistic:        5356.6
Avg Obs:           6.4000  P-value            0.0000
Min Obs:           4.0000  Distribution:       F(9,22)
Max Obs:           9.0000  F-statistic (robust): 5.67e+13
Time periods:      9      P-value            0.0000
Avg Obs:           3.5556  Distribution:       F(9,22)
Min Obs:           2.0000
Max Obs:           5.0000

Parameter Estimates
=====

```

	Parameter	Std. Err.	T-stat	P-value	Lower CI	Upper CI
const	8.4590	0.8169	10.355	0.0000	6.7649	10.153
log_empregos_formais	0.2052	0.0789	2.6018	0.0163	0.0416	0.3687
log_gasto_publico_pib	-0.9935	0.0039	-256.78	0.0000	-1.0016	-0.9855
log_unidades_locais	0.7454	0.0943	7.9040	0.0000	0.5498	0.9410
log_tribut_condicional	-0.0391	0.0093	-4.1896	0.0004	-0.0585	-0.0198
log_export	0.0882	0.0205	4.3100	0.0003	0.0457	0.1306
covid_19	-0.3239	0.0257	-12.578	0.0000	-0.3772	-0.2705
log_pib_ext	0.0231	0.0367	0.6294	0.5356	-0.0530	0.0992
tx_juros	-0.0160	0.0047	-3.4275	0.0024	-0.0256	-0.0063
log_tx_cambio	1.1324	0.1874	6.0435	0.0000	0.7438	1.5210

Figura 5 – Teste de Wooldridge, Breusch-Pagan, Wald e Pesaran. Fonte: Extraído do *python 3.13*.

```

=== Efeitos Fixos com Driscoll-Kraay ===
PanelOLS Estimation Summary
=====
Dep. Variable:      log_pib      R-squared:          0.9996
Estimator:         PanelOLS      R-squared (Between): 0.7765
No. Observations:   32           R-squared (Within):  0.9996
Date:              Thu, Jun 26 2025 R-squared (Overall): 0.9588
Time:              13:06:11      Log-likelihood       47.829
Cov. Estimator:     Driscoll-Kraay
Entities:           5            F-statistic:         4749.2
Avg Obs:            6.4000       P-value              0.0000
Min Obs:            4.0000       Distribution:         F(9,18)
Max Obs:            9.0000       F-statistic (robust): 3.098e+14
Time periods:       9            P-value              0.0000
Avg Obs:            3.5556       Distribution:         F(9,18)
Min Obs:            2.0000
Max Obs:            5.0000

Parameter Estimates
=====

```

	Parameter	Std. Err.	T-stat	P-value	Lower CI	Upper CI
const	-0.9432	4.1687	-0.2263	0.8236	-9.7013	7.8149
log_empregos_formais	0.9440	0.2477	3.8114	0.0013	0.4236	1.4643
log_gasto_publico_pib	-1.0031	0.0075	-134.03	0.0000	-1.0189	-0.9874
log_unidades_locais	0.4677	0.1104	4.2379	0.0005	0.2358	0.6995
log_tribut_condicional	-0.0574	0.0076	-7.5127	0.0000	-0.0735	-0.0414
log_export	0.0776	0.0154	5.0383	0.0001	0.0453	0.1100
covid_19	-0.2642	0.0403	-6.5611	0.0000	-0.3488	-0.1796
log_pib_ext	0.2224	0.1363	1.6315	0.1202	-0.0640	0.5088
tx_juros	-0.0146	0.0039	-3.7116	0.0016	-0.0228	-0.0063
log_tx_cambio	0.9986	0.1796	5.5598	0.0000	0.6213	1.3760

```

=====
F-test for Poolability: 1.7865
P-value: 0.1755
Distribution: F(4,18)

```

Figura 6 – Modelo de Efeitos Fixos com Erros Robustos de Driscoll-Kraay. Fonte: Extraído do *python 3.13*.

ANEXO B – CÁLCULO DOS EFEITOS DAS TRIBUTAÇÕES

Esta seção apresenta os cálculos dos efeitos dos diferentes percentuais de tributação sobre as vendas nas lojas francas no PIB municipal.

Inicialmente, foi definida a *proxy* da alíquota inicial e final. Como a alíquota inicial é zero (por se tratar de loja franca), e não se pode usar $\log(0)$, adotou-se uma *proxy* de $0,1\% = 0,001$. As alíquotas finais propostas são: $1\% = 0,01$; $2,5\% = 0,025$; e $5\% = 0,05$.

Em seguida, foi realizado o cálculo da variação logarítmica. A variação é dada por:

$$\Delta \ln(\text{tributo}) = \ln\left(\frac{\text{alíquota final}}{0,001}\right)$$

- Para $1\% (0,01)$:

$$\ln(0,01) - \ln(0,001) = \ln(10) \quad 2,3026$$

- Para $2,5\% (0,025)$:

$$\ln(0,025) - \ln(0,001) = \ln(25) \quad 3,2189$$

- Para $5\% (0,05)$:

$$\ln(0,05) - \ln(0,001) = \ln(50) \approx 3,9120$$

O passo seguinte foi multiplicar a variação logarítmica de cada um dos percentuais pela

elasticidade estimada. O coeficiente estimado foi $\beta = -0,0574$. Então:

- Impacto com 1%:
 $-0,0574 \times 2,3026 = -0,1323$
- Impacto com 2,5%:
 $-0,0574 \times 3,2189 \approx -0,1848$
- Impacto com 5%:
 $-0,0574 \times 3,9120 = -0,2246$

Por fim, multiplicam-se os valores por 100 para obter o impacto percentual de cada alíquota sobre o PIB municipal: para alíquota final de 1%, o impacto estimado é de **-13,23%**; para alíquota final de 2,5%, o impacto estimado é de **-18,48%**; para alíquota final de 5%, o impacto estimado é de **-22,46%**.

REFERÊNCIAS

ADKINS, L. C.; HILL, R. C. *Using Stata for Principles of Econometrics*. Hoboken, New York, 2008.

BALTAGI, B. H. *Econometric analysis of panel data*. New York: John Wiley & Sons, 2008.

BRASIL. Ministério da Cidadania. *Painel de informações do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal*. Brasília, DF: Ministério da Cidadania, 2025b. Disponível em: <https://aplicacoes.cidadania.gov.br/ri/pbfcad/painel.html>. Acesso em: 21 maio 2025.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. *Bolsa Família*. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome, 2025a. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/acoes-e-programas/bolsa-familia>. Acesso em: 10 jun. 2025.

BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, seção 1, p. 1, 1988. Disponível em: <https://constituicao.stf.jus.br>. Acesso em: 21 maio 2025.

CAMERON, A. C.; TRIVEDI, P. K. *Microeconometrics: methods and applications*. New York: Cambridge University Press, 2005.

CUT. Central Única dos Trabalhadores – PR. *Inflação Mensal (IPCA)*. Curitiba: CUT-PR, 2025. Disponível em: <https://pr.cut.org.br/indicadores/inflacao-mensal-ipca>. Acesso em: 29 jun. 2025.

DRISCOLL, John C.; KRAAY, Aart C. Consistent covariance matrix estimation with spatially dependent panel data. *The Review of Economics and Statistics*, Cambridge, v. 80, n. 4, p. 549–560, nov. 1998. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2646837>. Acesso em: 6 abr. 2025.

FIRJAN. Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. *Índice FIRJAN de Desenvolvimento Municipal (IFDM) das Cidades: Santana do Livramento (RS); Foz do Iguaçu (PR); Jaguarão (RS); Uruguaiana (RS); Dionísio Cerqueira (SC)*. Rio de Janeiro: FIRJAN, 2025. Disponível em:

<https://www.firjan.com.br/ifdm/consulta-ao-indice/>. Acesso em: 21 maio 2025.

GREENE, W. H. The econometric approach to efficiency analysis. In: FRIED, H. O.; LOVELL, C. A. K.; SCHMIDT, S. S. (org.). *The measurement of productive efficiency and productivity growth*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 92-250.

GRIFFITHS, W. E.; HILL, R. C.; JUDGE, G. G. *Learning and practicing econometrics*. New York: John Wiley & Sons, 1993.

GUJARATI, D. N.; PORTER, D. *Econometria básica*. 5. ed. São Paulo: McGraw Hill Brasil, 2011.

HILL, R. C.; GRIFFITHS, W. E.; JUDGE, G. G. *Econometria*. São Paulo: Saraiva, 1999.

HSIAO, C. *Analysis of panel data*. v. 34. Cambridge: Econometric Society Monographs, 2003.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Indicadores sociais das Cidades: Santana do Livramento (RS); Foz do Iguaçu (PR); Jaguarão (RS); Uruguaiana (RS); Dionísio Cerqueira (SC)*. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br>. Acesso em: 21 maio 2025.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Estudo Técnico Sobre a Viabilidade de Criação de “Cidade Gêmea” Cáceres (Brasil) – San Matías (Bolívia)*. Coordenação: Bolívar Pêgo. Brasília: IPEA, [2025?]. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35486. Acesso em: 29 jun. 2025.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *PIB a preços correntes - Brasil*. Brasília: IPEA, 2025. Disponível em: <https://www.ipeadata.gov.br/exibeserie.aspx?serid=38402>. Acesso em: 29 jun. 2025.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *PIB dos estados brasileiros*. Brasília: IPEA, 2025. Disponível em: <https://ipeadata.gov.br/exibeserie.aspx?serid=38389>. Acesso em: 29 jun. 2025.

MARQUES, L. D. *Modelos dinâmicos com dados em painel: revisão da literatura*. Faculdade de Economia do Porto, n. 100, out. 2000. (Série Working Papers do Centro de Estudos Macroeconômicos e Previsão – CEMPRE).

MATO GROSSO (Estado). Lei ordinária n. 12.897, de 25 de abril de 2025. Dispõe sobre a criação do Programa Estadual de Renda Básica Familiar e institui o benefício financeiro complementar ao Programa Bolsa Família no âmbito do Estado de Mato Grosso. *Diário Oficial Eletrônico*, Seção 1, nº 78, p. 3, 25 abr. 2025. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/pdf/Lei-ordinaria-12897-2025-Mato-grosso-MT.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2025.

REVISTAS ECONOMISTAS. Uma breve análise econômica do município de Cáceres entre 2010 e 2020. *Conselho Federal de Economia – COFECON*, ano XIV, n. 47, p. 52-60, jan./mar. 2023.

SISTEMA COMEX STAT. *Estatísticas de Comércio Exterior por Município*. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços, 2025. Disponível em: <https://comexstat.mdic.gov.br/pt/municipio>. Acesso em: 29 jun. 2025.

WOOLDRIDGE, J. M. *Econometric analysis of cross section and panel data*. 2. ed. Cambridge, MA: MIT Press, 2010.

WORLD BANK. *GDP (current US\$) – All countries*. Washington, DC: World Bank Group, [2025?]. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD>. Acesso em: 29

jun. 2025.

INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA E O DIREITO DA PESSOA IDOSA: UMA ANÁLISE DA EXCLUSÃO SOCIAL E DO ABANDONO AFETIVO NO MUNICÍPIO DE MARINGÁ/PR E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO IDOSO

Luiz Geraldo do Carmo GOMES¹

Raquel Mundo TRINDADE²

Valéria Silva Galdino CARDIN³

RESUMO

Diante do crescente envelhecimento populacional no Brasil, este estudo analisa a condição de vida de pessoas idosas em Instituições de Longa Permanência (ILPIs) no município de Maringá/PR. A análise ocorre sob a ótica da exclusão social e do abandono afetivo, consequentemente violando os direitos da personalidade do idoso. Com uma metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, utilizando a revisão bibliográfica e interpretação de dados demográficos, o presente trabalho realiza sua análise com enfoque na realidade local do município citado. Serão analisados os conceitos de exclusão e abandono afetivo de idosos para compreender sua relação com as ILPIs maringaenses. O objetivo central é investigar como a institucionalização se conecta com a vulnerabilidade deste grupo e de que maneira a rede de proteção legal e municipal atua nesse cenário. Desta forma, a pesquisa busca problematizar a efetividade dos direitos, principalmente dos direitos da personalidade e a manutenção dos vínculos familiares e comunitários, elementos essenciais para a garantia de um envelhecimento ativo.

PALAVRAS-CHAVE: acolhimento institucional; Estatuto da Pessoa Idosa; vulnerabilidade social; proteção dos direitos da personalidade.

ABSTRACT

In view of the growing aging population in Brazil, this study analyzes the living conditions of elderly people in Long-Term Care Institutions (ILPIs) in the city of Maringá/PR. The analysis takes place from the perspective of social exclusion and emotional abandonment, consequently violating the elderly person's personality rights. Using a hypothetical-deductive approach methodology, using bibliographical review and interpretation of demographic data, this work carries out its analysis with a focus on the local reality of the aforementioned municipality. The concepts of exclusion and emotional abandonment of the elderly will be analyzed to understand their relationship with ILPIs in Maringá. The central objective is to investigate how institutionalization connects with the vulnerability of this group and how the legal and municipal protection network operates in this context. In this way, the research seeks to problematize the effectiveness of rights, especially personality rights and the maintenance of family and community ties, essential elements for guaranteeing active aging.

KEYWORDS: institutional care; Elderly Statute; social vulnerability; protection of personality rights.

1 Pós-Doutor, UEM Maringá – Paraná – Brasil <https://orcid.org/0000-0002-1333-1891>
<http://lattes.cnpq.br/7810923422029283> lgcarmo@icloud.com

2 Graduanda, Bolsista PIBIC FA CNPq, UEM Maringá– Paraná – Brasil <https://orcid.org/0009-0000-3954-6172>
<http://lattes.cnpq.br/0814133346212693> ra134870@uem.br

3 Pós-Doutora, Unicesumar Maringá – Paraná – Brasil <https://orcid.org/0000-0001-9183-0672>
<http://lattes.cnpq.br/8121501433418182> valeria@galdino.adv.br

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o Brasil tem passado por uma transição demográfica. Como demonstram diversos estudos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de pessoas idosas - com 60 anos ou mais - aumentou em mais de 50% quando comparado com os censos anteriores, totalizando 15,6% da população brasileira (Brasil, 2023). Outros estudos ainda apontam que o crescimento populacional brasileiro estagnar-se-á em 2041, tendo em vista o aumento do número de pessoas idosas e da expectativa de vida do país (Brasil, 2024).

Desde a publicação da Lei nº 10.741, em outubro de 2003 (Estatuto da Pessoa Idosa), é possível perceber uma movimentação de pesquisadores e doutrinadores em prol desse tema e desse grupo populacional. Nesse sentido, esclarece Paulo Roberto Barbosa Ramos (2014) que o Brasil não é considerado um país de pessoas jovens, mas um país em processo de envelhecimento. Por isso, acrescenta que são necessárias ações não só do Estado, mas também da sociedade, para que os direitos da personalidade das pessoas idosas sejam efetivamente garantidos.

Essas ações citadas anteriormente são necessárias pois, apesar do processo de envelhecimento ser resultado do avanço da Medicina e do aumento da qualidade de vida no país, sendo também uma conquista social, essa mudança no perfil demográfico traz consigo diversos desafios a serem enfrentados e outros fatores que implicam maior vulnerabilidade a esse grupo.

Nesse sentido, o objetivo principal deste trabalho é analisar a vulnerabilidade de pessoas idosas residentes em ILPIs em Maringá/PR, sob a ótica da exclusão social e do abandono afetivo. O problema de pesquisa do presente trabalho se sintetiza na pergunta: “de que forma a institucionalização contribuiu para o abandono afetivo e a exclusão social na cidade de Maringá?”. Ademais, buscar-se-á caracterizar o perfil da população idosa e das ILPIs em Maringá, discutir os conceitos de exclusão social e abandono afetivo no contexto da institucionalização e identificar, por meio de análise documental, indícios e casos de abandono em Maringá.

Dada a vulnerabilidade, principalmente social, das pessoas com 60 anos ou mais, é necessário analisar a situação que estes indivíduos enfrentam nas Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs) do município de Maringá/PR e se sofrem exclusão social e/ou abandono afetivo por parte de suas famílias. Para tanto, é preciso esclarecer o que se pode entender por instituições de longa permanência para pessoas idosas, para, posteriormente, analisar estas no contexto maringense.

As ILPIs, conhecidas como asilos, são moradias especializadas e alternativas ao lar “natural” das pessoas idosas, que possuem função de garantir suas necessidades básicas, como higiene, saúde, alimentos, entre outros. É uma função primordial destes espaços a manutenção de um convívio social para as pessoas idosas, não só internamente, com outros moradores e

funcionários, mas também com a sociedade civil em geral, além de priorizar e incentivar o convívio familiar. Porém, é possível perceber que, na maioria das vezes, o convívio social não é efetivo, havendo uma exclusão social desses “asilados” e um sentimento de solidão e esquecimento, que é agravado quando não há, ou acontece raramente, a oportunidade de convívio familiar.

É crucial abordar a questão do abandono afetivo e da exclusão social de pessoas idosas como uma forma de violência e de negligenciar certos direitos fundamentais e da personalidade destas, pois é fato que o cenário populacional vem se alterando e o envelhecimento tem se tornado mais presente no país, logo, os direitos dessas pessoas devem ser tratados com a devida importância para garantir melhor qualidade de vida e a efetividade dos direitos que já estão postulados em norma.

Além disso, pensar que há questões no direito contemporâneo que são menos evidenciadas pode ensinar maior vulnerabilidade a certos grupos, como o abordado neste artigo. É preciso que sejam feitas mudanças em prol desse grupo populacional, visando erradicar a invisibilidade de seus direitos e a exclusão social.

2 METODOLOGIA

Este artigo utilizou o método hipotético-dedutivo. Foram levantadas certas hipóteses a serem verificadas com os resultados obtidos, que serão explicados posteriormente. A principal hipótese é a de que as pessoas idosas maringenses estão expostas a certas vulnerabilidades e sofrem abandono afetivo de suas famílias ao serem enviadas às ILPIs do município. Ademais, busca-se aferir se há casos de abandono afetivo julgados na cidade de Maringá que possam servir como precedente ou como fonte jurisprudencial.

Para avaliar a veracidade das hipóteses expostas, fazer a análise e buscar os resultados, a pesquisa teórica se concretizará na revisão de literatura de obras, artigos e documentos eletrônicos, retirados principalmente do Portal de Periódicos da CAPES, da Plataforma *SciELO* e do LEXML, além da análise de leis federais e municipais que versem sobre o tema.

Ainda, durante o desenvolvimento da pesquisa também foi utilizado o método estatístico, para buscar e analisar os dados quantitativos que se fazem necessários à busca por resultados concretos, como a quantidade e o perfil das pessoas idosas no município utilizado como recorte geográfico, bem como quantos destes se encontram em ILPIs, entre outros dados, oriundos, principalmente, do IBGE, e que complementam a pesquisa.

Enfatiza-se que, para a realização da pesquisa demonstrada a seguir, há certos limites que podem impactar o resultado e também a discussão e a compreensão dos resultados. O primeiro limite é o geográfico, já que a pesquisa se encontra circunscrita à cidade de Maringá/PR, como já

explicado anteriormente. Um outro limite, que se origina com a forma em que se realiza a pesquisa, traz impactos significativos aos resultados. Isso porque se trata de uma pesquisa de revisão bibliográfica, não sendo possível obter a mesma precisão que uma pesquisa empírica. Além disso, é necessário destacar que há limitações impostas no decorrer da pesquisa, pois há uma certa dificuldade em se achar dados, ou ainda, faltam dados disponíveis. Quanto a este último detalhe, evidencia-se pela falta de dados da situação em que as pessoas idosas se encontram nas ILPIs, pois não há uma publicidade de relatórios das instituições, tão pouco há dados que demonstram situações de abandono afetivo dos idosos institucionalizados.

Ademais, é necessário apontar que este artigo faz parte de uma pesquisa que está em desenvolvimento e que busca aferir a efetividade de certas políticas públicas de atendimento às pessoas idosas, encontradas no Estatuto da Pessoa Idosa, visando, principalmente, verificar se as demandas deste grupo social não se alteraram desde a publicação do referido Estatuto, como uma forma de evitar maior vulnerabilidade das pessoas idosas em decorrência da não efetividade de seus direitos, principalmente os direitos da personalidade.

3 DESENVOLVIMENTO

3.1 Os Idosos de Maringá e as Casas de Longa Permanência

Para iniciar uma análise dos objetivos enunciados anteriormente, é preciso compreender primeiro o contexto e o perfil demográfico e social das pessoas idosas residentes em Maringá/PR. Esta cidade, eleita por quatro vezes como a “melhor cidade para se viver” pelo ranking do Índice dos Desafios da Gestão Municipal, possui 409.657 pessoas (Brasil, 2022), sendo o 3º maior município do Estado do Paraná, em se tratando de população (Brasil, 2022).

O censo de 2022 do IBGE constatou que 75.004 dos habitantes de Maringá são pessoas idosas, sendo aproximadamente 18,3% da população. Com base nesse crescimento, o Plano Municipal de Atendimento à Pessoa Idosa de Maringá prevê um aumento na população idosa que dobrará os números atuais, assim como a Organização Mundial da Saúde (OMS) também prevê aumentos significativos nos percentuais da população idosa no país (OMS, 2005).

Buscando traçar o perfil socioeconômico das pessoas idosas maringaenses, tem-se que aproximadamente 57% são mulheres de 60 anos ou mais, demonstrando o fenômeno da “feminização da velhice” (Almeida *et al.*, 2015), que seria a existência de maior quantidade de mulheres idosas do que homens, um reflexo direto do aumento da expectativa de vida feminina. Tal fenômeno é nitidamente visível ao se analisar os gráficos atuais de pirâmide etária do IBGE, nos termos da **Figura 1**.

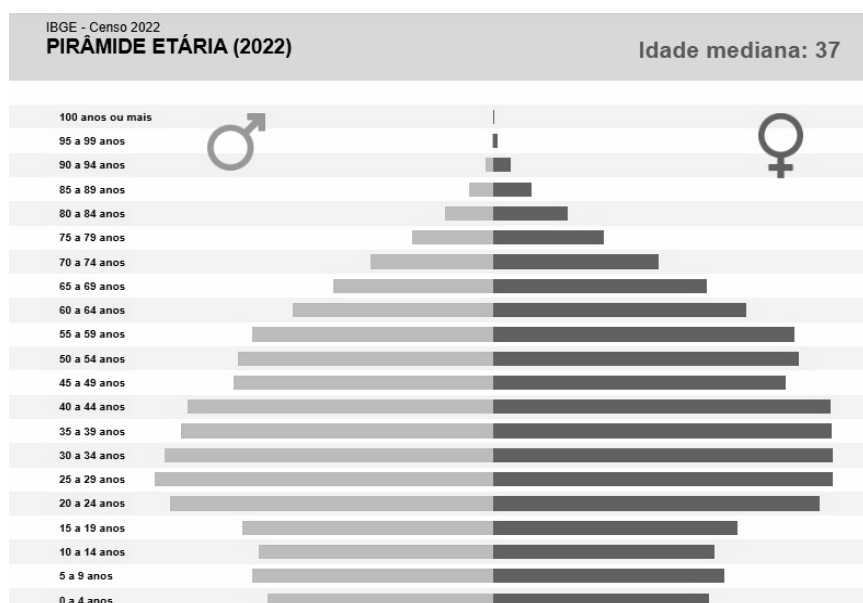


Figura 1 – Pirâmide Etária (2022) do Município de Maringá-PR Fonte: Brasil (2022)

Este gráfico permite concluir que a proporção populacional é notadamente maior quando analisado o lado esquerdo (porcentagem de mulheres). Focando a interpretação do gráfico a partir da faixa dos 60 anos, percebe-se que a proporção de mulheres idosas não é superior apenas ao número de homens idosos, mas também é proporcionalmente maior que o número de crianças e adolescentes (entre as faixas de 0 a 19 anos de idade). Assim, a análise do perfil demográfico do município de Maringá revela que a proporção de mulheres é superior à de homens, uma característica que se mostra mais pronunciada entre as pessoas idosas. É possível que o crescimento populacional e o processo de envelhecimento acompanham os níveis nacionais, ao passo que a porcentagem de idosos no município em 2010 era de 12,25% (Brasil, 2010). Destaca-se ainda que o percentual atual de pessoas idosas que habitam Maringá é superior ao nacional.

Com base no perfil socioeconômico é possível perceber que o processo de envelhecimento no município de Maringá é heterogêneo e marcado por uma certa vulnerabilidade social (Brasil, 2022). Isso porque, apesar de possuir um bom índice de desenvolvimento humano e ter ficado em 1º lugar no *ranking* de melhores cidades, como já citado, há ainda famílias com baixa renda (até 3 salários mínimos) que estão cadastradas no Cadastro Único do Governo Federal, e, segundo, os dados apresentados pelo município (Brasil, 2022) no ano de 2022, havia 18.785 pessoas idosas neste cadastro e que eram atendidos pelos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) das diversas regiões do Município de Maringá, representando 25% da população idosa do município.

Diante dos dados socioeconômicos das pessoas idosas maringaenses, o presente artigo voltará seu foco às Instituições de Longa Permanência para Idosos que existem no município estudado, caracterizando-as, para entender o que leva a essa institucionalização de pessoas idosas. As ILPIs são as instituições governamentais ou não governamentais, de “caráter residencial,

destinadas ao domicílio coletivo de pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, com ou sem suporte familiar, em condição de liberdade e dignidade e cidadania”, conforme art. 3º, VI, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 502, de 27 de maio de 2021 da ANVISA (Brasil, 2021).

No município de Maringá, a Secretaria de Assistência Social (SAS) possui uma divisão de atendimentos dos grupos vulneráveis em Proteção Social Básica e Especial, que se subdivide em média e alta complexidade. O acolhimento de pessoas idosas em ILPIs está abarcado pela Proteção Especial de Alta Complexidade e possui, na grande maioria das vezes, suas responsabilidades compartilhadas entre a gestão municipal e a sociedade, para melhor atender e domiciliar os idosos em situação de vulnerabilidade social agravada.

O portal da SAS disponibiliza as informações sobre as ILPIs que compõem a rede de atendimento e acolhimento da pessoa idosa, classificando-as em instituições governamentais, mantida pela Administração Pública, com recursos vindos principalmente do Fundo Municipal de Promoção aos Direitos do Idosos, e em instituições da sociedade civil, que são conveniadas com a prefeitura e podem ser filantrópicas ou não (Maringá, 2022).

As instituições governamentais, que são frutos de políticas públicas, são: a Unidade de Acolhimento de Longa Permanência para Idosos, que atende os casos mais graves e críticos de vulnerabilidade social e desamparo de pessoas idosas em Maringá; a Casa Lar Benedito Franchini, que oferece um acolhimento que se assemelha ao convívio familiar e ao ambiente residencial das pessoas idosas que são atendidos; e o Condomínio Morada do Sol, que apesar de se tratar de um pequeno conjunto habitacional é gerido pelo município de Maringá para os indivíduos com 60 anos ou mais que também se encontram em situação vulnerável, mas de forma a priorizar sua independência.

Por outro lado, as instituições oriundas da sociedade civil, e que possuem convênio com a Administração Pública, são: a Associação Paranaense de Amparo às Pessoas Idosas (Wajunkai), que possui convênio com a prefeitura de Maringá, mas sem dispor de vagas puramente públicas; e o Lar dos Velhinhos (Associação Cultural e Beneficente Nova Lourdes), que é uma instituição filantrópica responsável por grande parte dos atendimentos do município e que atua a partir de convênios, doações e contribuições.

Todavia, as informações disponibilizadas pela secretaria quanto ao acolhimento de pessoas idosas não contemplam outras instituições que oferecem este serviço e que são mantidas por outras fontes, como, por exemplo, o Asilo São Vicente de Paulo, uma organização da Igreja Católica mantida pela Sociedade de São Vicente de Paulo e por doações.

Constata-se, por fim, que as ILPIs maringaenses buscam acolher os idosos que não dispõem de “condições para permanecer com a família, com vivência de situações de violência e negligência, em situação de rua e de abandono, com vínculos familiares fragilizados ou rompidos” (Maringá, 2023), porém, esta pesquisa não consegue traçar um perfil exato das pessoas idosas que se encontram asilados nas instituições de acolhimento. Portanto, valer-se-á das conclusões obtidas no estudo de Marin *et al.* (2012), que consideram que é comum entre os moradores das ILPIs a situação de baixa escolaridade e a condição financeira mais fragilizada, além da perda do núcleo familiar ou laços afetivos familiares não reforçados. Reafirma-se que, assim como o estudo citado, não é possível generalizar que todos as pessoas idosas que se encontram em instituições de acolhimento possuem este perfil, tampouco as que já passaram por estes lugares, sendo apenas uma base para fins de estudo e de revisão, dado que este artigo não possui, como um dos métodos, o método empírico.

3.2 Exclusão Social, Abandono Afetivo de Idosos e a Violação dos Direitos da Personalidade Destes

Analisado o contexto maringaense vivenciado pelos idosos, principalmente dos que são institucionalizados, é preciso entender alguns conceitos, como a exclusão social e o abandono afetivo de idosos, que serão abordados neste tópico.

Como abordado anteriormente, o idoso é considerado um sujeito vulnerável. Esta afirmação não se restringe às possíveis doenças e comorbidades que podem o acometer, já que também abrange, e se trata do conceito principal para este trabalho, as condições sociais que esses indivíduos enfrentam, bem como a não efetividade de seus direitos. Muitas vezes, percebe-se que a vulnerabilidade social, também entendida como a forma com que o indivíduo é visto pela sociedade, manifesta-se na pessoa idosa em razão do chamado etarismo, que, segundo Patrícia Calmon (2023), trata-se de uma opressão social baseada na idade e relacionada com as características negativas e estereotipadas que caminham ao lado do conceito de velhice.

Esses estereótipos gerados pelo etarismo, somados à vulnerabilidade, geram casos de exclusão social. Pode-se entender a exclusão social como a invisibilidade de um grupo na sociedade. No caso das pessoas idosas, estas são tratadas como inferiores e costumam ser desprezadas pela sociedade (Souza; Francischetto, 2021). Esse afastamento da sociedade, ou o desprezo, como abordado pelos autores, pode vir associado a um processo de afastamento das funções sociais cotidianas, do convívio com o “mundo exterior” e, inclusive, uma “mortificação” do indivíduo (Poltronieri; Souza; Ribeiro, 2019, p. 3).

Com base nesses conceitos, o ponto que se busca analisar com esta pesquisa é a exclusão

social oriunda da institucionalização das pessoas idosas. Tem-se que, apesar das ILPIs realmente atenderem aos idosos de modo a garantir moradia, alimentação e cuidados com a saúde, essas instituições podem ser uma das causas da exclusão social desse grupo, sendo espaços que contribuem para a invisibilidade da pessoa idosa (Souza; Francischetto, 2021).

Diversos estudos apontam que isso se dá pelo fato de que as ILPIs se enquadram no conceito de “Instituição Total” de Erving Goffman (1999), que seriam locais em que os indivíduos são afastados do convívio social com uma administração mais rígida de suas vidas, além de serem recintos em que há um padrão de rotina e pouco ou nenhum contato com a sociedade, como já abordado anteriormente. Além disso, o estigma persistente de que as pessoas idosas que residem nas ILPIs são pobres marginalizados ou pessoas que foram abandonadas pela família contribui para a exclusão social (Born, 2001, p.8).

Desta forma, a institucionalização de pessoas idosas faz com que estas sejam restringidas a um certo convívio social, que não possui estreita relação com o “exterior”, uma forma de isolamento, principalmente de suas atividades antes costumeiras (Santos; França; Araújo, 2024), implicando na exclusão social, já conceituada.

Outro elemento que se relaciona com a exclusão social seria o abandono afetivo de pessoas idosas, também entendido por “abandono afetivo inverso”. Esta figura, antes abordada apenas como um abandono dos pais para com os filhos, é entendida como uma negligência emocional dos filhos para com os pais já idosos, havendo, assim, a ausência de amparo, presença e afeto (Figueiredo; Deus, 2024). Quanto a esse conceito, Patrícia Calmon assevera que:

[...] em relação ao termo utilizado, haverá abandono afetivo diante da relação dos pais com seus filhos (descumprimento do dever de cuidado), adicionando-se o qualificativo “inverso” na hipótese de responsabilidade dos filhos em relação aos seus pais idosos, carentes ou enfermos (violação ao dever de assistência) (Calmon, 2022, p. 465).

O abandono afetivo de idoso é ainda caracterizado como uma forma de violência contra a pessoa idosa, já que fere o dever fundamental de cuidado legalmente estabelecido. O art. 19 do Estatuto dispõe sobre a denúncia de violências praticadas contra a pessoa idosa, e o parágrafo primeiro evidencia que:

Para os efeitos desta Lei, considera-se violência contra a pessoa idosa qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico. (Brasil, 2003)

Essa violência ultrapassa o abandono material, entendido como “deixar, sem justa causa, de prover a subsistência [...] não lhes proporcionando os recursos necessários” (art. 244, Código Penal), fazendo menção ao que dispõe o texto constitucional e o Estatuto da Pessoa Idosa, cuja conclusão é de que haverá violência oriunda do abandono, da omissão nas palavras do legislador, quando houver dano ou sofrimento psicológico, o que é o caso do abandono afetivo.

Quanto ao dever de cuidado para com a pessoa idosa, já citado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 dispõe que:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (Brasil, 1988).

Já o Estatuto da Pessoa Idosa reafirma esse dever, trazendo maior ênfase que esse cuidado se destina à pessoa idosa. A referida lei consagra que:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Art. 4º Nenhuma pessoa idosa será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei (Brasil, 2003).

Apesar de ter conotação material, o conceito é estendido pela doutrina e pela jurisprudência ao dever de amparo afetivo, sendo indispensável que haja assistência, proteção e presença da família no envelhecimento e que casos de omissão deste dever configura abandono afetivo. É necessário, ainda, frisar que essa violência, que ocorre diante da falta do cuidado da família para com o idoso, é manifestada na forma de angústia e aflição, principalmente dos que se encontram em ILPIs, além de gerar um sentimento de desvalor e até de exclusão (Furtado, 2023).

Além de analisar o caráter de violência do abandono afetivo, é preciso abordar também as consequências que tal violência gera nas pessoas idosas, principalmente em relação aos direitos da personalidade destas. Diversos são os estudos das áreas de Medicina, Enfermagem, Gerontologia e Psicologia que abordam os impactos na saúde dos idosos que se encontram em situação de abandono afetivo, e essa demonstração é necessária para compreender também no âmbito jurídico o abandono afetivo de idosos.

A institucionalização de pessoas com 60 anos ou mais pode resultar em um sentimento de solidão, como já dito anteriormente, porém, para além de uma especulação ou generalização, Chagas *et al.* (2024) demonstra, através de um estudo qualitativo, que para os idosos o abandono não é apenas um conceito ou uma forma de violência, ainda que muitas vezes não o identifiquem como tal, mas sim um sentimento já internalizado de solidão, que se materializa no, por eles denominado, “asilo”. Além disso, o abandono afetivo, como forma violência e de negligência, resulta em uma maior vulnerabilidade emocional, uma diminuição da qualidade de vida da pessoa idosa e no desenvolvimento de depressão e ansiedade (Silva, *et al.*, 2024). Por fim, é possível

complementar com o que afirma Lorencini, Souza e Medeiros (2019), pois apontam consequências além da depressão e solidão. Segundo o estudo dos autores, o abandono afetivo de idosos pode gerar também danos psicossomáticos, que seria, na opinião deles, “o resultado de carência de atividade psíquica, ao passo que a somatização comum não ocorreria sem a participação de um conflito psicológico” (Lorencini, Souza e Medeiros, p. 2, 2019). A partir deste estudo é possível afirmar que haveria camadas de consequências oriundas do abandono da pessoa idosa, as quais a primeira seria as percepções do idoso (a solidão como já afirmado), a segunda seria a dos transtornos psicológicos diagnosticáveis (como a depressão e a ansiedade) e a terceira seria somatização, que é justamente a identificação de doenças físicas cuja origem é, em grande parte, emocional ((Lorencini, Souza e Medeiros, 2019).

3.3 O Abandono Afetivo de Idosos e as Ilpis em Maringá

Após compreender o conceito de abandono afetivo de idosos, evidenciar que este é uma forma de exclusão e de violência contra a pessoa idosa e compreender os danos que são causados às vítimas de abandono afetivo, principalmente aos direitos da personalidade, o presente artigo busca tornar mais nítida a relação entre a institucionalização dos idosos e o abandono afetivo, principalmente no que diz respeito às ILPIs de Maringá/PR.

Como mencionado anteriormente, as instituições de longa permanência são domicílios alternativos para pessoas idosas, cabíveis em casos determinados pela lei, e que devem prezar não só pela saúde destas, mas também pelo convívio com o mundo externo, principalmente o convívio familiar. Contudo, a opção por institucionalizar a pessoa idosa pode culminar em um rompimento dos laços familiares (Santos; França; Araújo, 2024), gerando, assim, diversos impactos à saúde, mas, principalmente, o abandono afetivo.

Esse afastamento, ou a omissão do cuidado afetivo para com o idoso, gerado pela transferência do indivíduo para uma ILPI, ocorre mesmo quando há motivação extremamente compreensível e necessária, como, por exemplo, a necessidade de um cuidado constante e que conflita com a rotina da família, que se encontra impossibilitada de estar à disposição para atender 24 horas à pessoa idosa. Isso porque, se a família não buscar manter o contato e o convívio constante com o idoso, esse vínculo pode ser enfraquecido e configurar abandono afetivo, dado que o cuidado material, antes de obrigação familiar, é transferido a um terceiro, no caso à ILPI, bem como à organização de sua rotina (Dutra *et al.*, 2016).

Outro fato que implica neste resultado, o abandono afetivo, é o de que cada ILPI possui uma sistemática, suas regras e rotinas já definidas. Assim, há horários determinados para a visita da família e para qualquer outra atividade. Como é dito em outro momento, o estereótipo que fica a

este idoso é algo que implica em um afastamento, pois, como Dutra *et al.* (2016) argumentam, a família que o enxerga como um “paciente”, e assim o trata, acaba se afastando, ainda que a instituição tente priorizar o convívio familiar, situação que caracteriza, da mesma forma, o abandono afetivo.

Voltando às ILPIs maringenses, a presente pesquisa se propunha, inicialmente, a analisar casos julgados de abandono afetivo relacionados a essas instituições no município de Maringá/PR, porém, dada a natureza revisional da pesquisa e da falta de julgados maringenses ou da restrição de divulgação de dados do processo, não foi possível encontrar casos para análise e discussão. Entretanto, o problema ainda existe, apesar de não haver casos julgados para comprovar, pois há notícias e relatos, o que o artigo busca demonstrar como ilustração da ILPI e do abandono afetivo.

Apesar de não existir, localmente, decisões que versem sobre o tema, é necessário deixar claro que a doutrina determina esse conceito e especifica pontos controversos, além de já haver julgados que delimitam o entendimento quanto à possibilidade de responsabilização pela falta de afeto, ou, no caso, da falta de cuidados, incluindo o afeto para com o idoso, a sua família (Calmon, 2023).

Elenca-se que a decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), nos autos de Recurso Especial nº 1.159.242/SP, foi um dos pontos de mudança do entendimento do ordenamento jurídico brasileiro, que antes dizia que não era responsabilidade do Poder Judiciário obrigar alguém a amar. A partir do julgamento da Ministra Nancy Andrighi, o STJ admite que haja responsabilização por abandono afetivo por conta da violação do dever de cuidado, alterando, então, o enfoque da pretensão de responsabilizar pelo amor para responsabilizar pela falta de cuidado. Apesar da referida decisão versar sobre o abandono afetivo que os filhos sofrem em relação aos pais, é possível a aplicação desta quanto aos casos de abandono afetivo (Calmon, 2023).

Como dito, não é possível obter resultados quanto aos casos existentes de abandono afetivo de idosos na cidade de Maringá/PR, porém, há fortes indícios de que há violações de direitos desse grupo populacional, principalmente no tocante às ILPIs. O Ministério Público do Paraná (MPPR), em seu papel fiscalizador e de defesa de direitos da população – função definida no Estatuto da Pessoa Idosa, de modo que o MP pode aplicar medidas de proteção e, se necessário, ajuizar ações judiciais para responsabilizar a família – atuou no município de Maringá de forma a intervir e interditar certas instituições que atuavam clandestinamente ou negligenciaram direitos fundamentais das pessoas idosas, como a saúde e a alimentação (MPPR, 2020). falta a referência na lista final.

Destaca-se que há outros meios de fiscalização e intervenção visando à defesa dos direitos da pessoa idosa. Isso porque, diante do risco de abandono e outras violências no ambiente institucional, o município de Maringá conta com uma rede de fiscalização e proteção. Além do MP-

PR, o Conselho Municipal dos Direitos da Pessoa Idosa (CMDPI) é o principal órgão de controle social da política do idoso. Composto por representantes do governo e da sociedade civil, suas atribuições são fundamentais para a proteção das pessoas idosas institucionalizados, principalmente por meio de visitas de fiscalização periódicas às ILPIs, não apenas para verificar a estrutura física, mas também para avaliar a qualidade de vida e o bem-estar dos residentes. Acrescenta-se que o Conselho é um canal para o recebimento de denúncias sobre maus-tratos, negligência ou abandono, tendo a obrigação de encaminhá-las aos órgãos competentes e acompanhar sua resolução (Maringá, 2024).

Cita-se, também, a atuação da Vigilância Sanitária e da própria Secretaria de Assistência Social de Maringá-PR. A primeira atua por meio de fiscalização e de relatórios constantes, pelos quais é possível detectar problemas relacionados ao aspecto estrutural, à higiene, aos casos de negligência e, inclusive, abandono ou descaso familiar, ainda que não seja sua função precípua. Já a Secretaria de Assistência Social (SAS), por meio de sua equipe técnica, atua diretamente nos casos de violação de direitos, realizando o estudo social, a tentativa de mediação e a reintegração familiar, gerindo o acesso às vagas de acolhimento institucional.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a investigar a vulnerabilidade de pessoas idosas residentes em Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs) no município de Maringá/PR, sob a ótica da exclusão social e do abandono afetivo. A análise realizada permite responder à problemática central e confirma a hipótese de que a institucionalização, ainda que necessária em muitos casos, apresenta-se como um fator crítico de vulnerabilidade para a população idosa.

A análise demográfica de Maringá revela um processo de envelhecimento populacional mais acentuado que a média nacional. Este dado, cruzado com a constatação de que um quarto destes idosos se encontra em situação de vulnerabilidade socioeconômica, evidencia uma crescente demanda por estruturas de acolhimento como as ILPIs. Tal cenário propicia o surgimento dos fenômenos investigados, de modo que a institucionalização se torna uma alternativa recorrente, mas que carrega consigo o risco de rompimento de laços sociais e familiares.

Os conceitos teóricos de exclusão social e abandono afetivo de pessoas idosas encontram perfeita ilustração na realidade prática das ILPIs maringaenses. A institucionalização, ao enquadrar a pessoa idosa em uma rotina regrada e afastada do convívio social amplo, materializa e fomenta a invisibilidade e a exclusão deste indivíduo. Concomitantemente, a transferência da responsabilidade do cuidado para a instituição, sem a manutenção da presença e do afeto por parte da família, configura o abandono afetivo, uma violência sutil, mas profundamente danosa, que viola o dever de

cuidado estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Pessoa Idosa. Acrescente-se ainda a violação aos direitos da personalidade destes como consequência do abandono afetivo.

Neste ponto, emerge uma clara lacuna entre a proteção legalmente garantida e a realidade vivenciada. Enquanto a legislação busca enfatizar a prioridade de uma convivência familiar e comunitária, executando o amparo preferencialmente no lar, a situação fática analisada em Maringá, que reflete a situação do país como um todo, demonstra que a efetivação desses direitos é falha, na maioria dos casos. Porém, a existência de uma rede de proteção, como a de Maringá – composta pelo CMDPI, a SAS, a Vigilância Sanitária e o próprio MPPR – é inegavelmente crucial para identificar casos de violação de direitos e buscar minimizar as lacunas existentes.

Retomando a questão central, este estudo conclui que a exclusão social e o abandono afetivo não são meras possibilidades, mas manifestações críticas e interligadas à situação de vulnerabilidade em que as pessoas idosas se encontram nas ILPIs no contexto maringaense. A institucionalização, mesmo quando legal e bem-intencionada, impõe barreiras ao convívio e pode catalisar o enfraquecimento dos vínculos familiares, deixando a pessoa idosa em um estado de desamparo emocional e isolamento social. Pode-se dizer, portanto, que o comportamento esperado das famílias, afirmado no texto constitucional e nas leis citadas no decorrer da discussão dos resultados, é de que, apesar da necessidade da institucionalização, mantenham laços afetivos com a pessoa idosa, que por diversas vezes pode inclusive não compreender o porquê foi realizado esse afastamento do núcleo familiar. Já quanto às Instituições de Longa Permanência para Pessoas Idosas, espera-se que seja intensamente incentivado e propiciado o convívio familiar dentro de suas instalações.

As implicações desta pesquisa reforçam a urgência e a importância de aprofundar o debate, aqui iniciado, e fomentar a temática em outros locais, a fim de melhorar as condições de vida das pessoas idosas, buscando cumprir o objetivo de um envelhecimento ativo. Como forma de sugestão, esta pesquisa constatou a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas que fiscalizem proativamente a qualidade do convívio social dentro das ILPIs e promovam a conscientização sobre o abandono afetivo como uma forma de violência. A pesquisa busca demonstrar que a existência de uma forma de fiscalização das ILPIs maringaenses, alternativa às fiscalizações já realizadas pela rede de proteção municipal, focada no monitoramento das relações sociais dos idosos institucionalizados é de extrema importância pois seria uma forma de se evitar a exclusão social da pessoa idosa. Concomitantemente, uma política pública que vise conscientizar as famílias, que encaminham as pessoas idosas às ILPIs, de que o abandono afetivo, que se dá pela falta do convívio e o cuidado familiar, gera danos psicológicos aos idosos e que é encarado como uma forma de

violência contra a pessoa idosa, que é passível de punição, conforme dispõe o art. 3º do Estatuto da Pessoa Idosa. Essa atuação do poder público, em parceria com as ILPIs existentes no município de Maringá/PR, por estas formas sugeridas, seria a forma pela qual se buscaria efetivar os direitos da personalidade das pessoas idosas, garantindo-lhes um envelhecimento digno e sem que sofra, principalmente, danos psicológicos.

Sugere-se, ainda, para futuros trabalhos, a realização de pesquisas de campo de natureza empírica, que possam dar voz aos próprios idosos institucionalizados, a fim de compreender suas percepções e seus sentimentos, e, assim, humanizar os dados e guiar ações mais efetivas para garantir que o envelhecimento ocorra com dignidade, respeito e afeto, que são direitos da pessoa idosa.

Reitera-se também que os resultados apresentados sofreram limitações, principalmente em razão do uso da metodologia da análise documental, a qual não abarca certos pontos que seriam melhor investigados por uma metodologia empírica. Esse limite imposto, e os outros já apresentados na indicação da metodologia, pode acabar por não transparecer a realidade tal qual se apresenta. Sugere-se, para futuros trabalhos com temática semelhante, a adoção de uma metodologia empírica, que investigue, de forma mais aprofundada, a situação que as pessoas idosas vivenciam nas ILPIs na cidade de Maringá, buscando, assim, os dados não disponibilizados em uma revisão bibliográfica, que na presente pesquisa foi uma restrição de estudo.

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alessandra Vieira et al. A Feminização da Velhice: em foco as características socioeconômicas, pessoais e familiares das idosas e o risco social. **Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 115-131, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/fass/article/view/19830>. Acesso em: 12 jun. 2025.

BORN, Tomiko. Quem vai cuidar de mim quando eu ficar velha? Dez anos depois: considerações sobre família, assistência médica, lugar para morar, (im)previdência social e outras coisas mais. **Revista Portal de Divulgação**, n. 17, p. 4-15, dez. 2011. Disponível em: <https://revistalongeviver.com.br/antecedentes/index.php/revistaportal/article/view/211>. Acesso em: 8 jun. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio. 2025.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Censo Demográfico 2022: População por idade e sexo. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/0c84737978791f626ea10b75eae18b3c.docx. Acesso em: 17 maio. 2025.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Panorama: **Maringá**. 2023. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pr/maringa/panorama>. Acesso em: 17 maio. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm. Acesso em: 20 maio 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 502, de 27 de maio de 2021**. Dispõe sobre o funcionamento de Instituição de Longa Permanência para Idosos, de caráter residencial. Brasília, DF: ANVISA, 2021. Disponível em: https://anvisa.gov.br/legis/datalegis.net/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&tipo=RDC&numeroAto=00000502&seqAto=000&valorAno=2021&orgao=RDC/DC/ANVISA/MS&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=1696&cod_modulo=134&pesquisa=true. Acesso em: 9 jun. 2025.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Lei nº 8.842, de janeiro de 1994. **Política Nacional do Idoso**. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2010. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/politica_idoso.pdf. Acesso em: 20 maio. 2025.

CALMON, Patrícia Novais. **Direito das Famílias e da Pessoa Idosa**. Indaiatuba: Foco, 2022.

CHAGAS, A. L. C. C. A. et al. Representação social da violência física, psicológica e abandono na perspectiva da pessoa idosa. **Cogitare Enfermagem**, v. 29, 2024. DOI: <https://doi.org/10.1590/ce.v29i0.91507>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cenf/a/4BDXhX7CcBM44kDYhbh8QPz/>. Acesso em: 15 jun. 2025

DUTRA, R. *et al.* Refletindo sobre o processo de institucionalização do idoso. **Revista de Epidemiologia e Controle de Infecção**, v. 1, n. 1, p. 214-223, 3 out. 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/epidemiologia/article/view/8040>. Acesso em: 30 maio 2025.

FIGUEIREDO, Máira Ferreira Santos; DEUS, Rosane Oliveira de. Abandono afetivo inverso à luz da jurisprudência. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, São Paulo, v. 10, n. 5, p. 5532-5547, maio 2024. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/14032>. Acesso em: 5 jun. 2025.

FURTADO, Edina Lorrana da Silva. Abandono afetivo inverso: responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação-REASE**, São Paulo, v. 9, n. 11, p. 536-553, nov. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.51891/rease.v9i11.12382>. Acesso em: 5 jun. 2025.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 6.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

GOMES, Irene; BRITTO, Vinícius Britto. Censo 2022: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos. **Agência de Notícias IBGE**, 27 out. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-de-idade-cresceu-57-4-em-12-anos>. Acesso em: 17 maio 2025.

LORENCINI, Douglas Leandro Souza; SOUZA, Cleverson Pereira de; MEDEIROS, Vagner Marchezoni. O adoecimento somático do idoso em situação de abandono: Considerações sobre o estudo da psicossomática a partir das observações clínicas de um caso. **REVISTA LATINO-AMERICANA DE PSICOLOGIA CORPORAL**, [S. l.], v. 6, n. 9, p. 1–19, 2019. Disponível em: <https://psicorporal.emnuvens.com.br/rlapc/article/view/83>. Acesso em: 15 jun. 2025.

MACROPLAN ANALYTICS. Desafios dos Municípios. **Maringá**. 2025. Disponível em: https://www.desafiosdosmunicipios.com.br/desafios.php?cod_ibge=411520&nome_municipio=Maring%C3%A1. Acesso em: 4 jul. 2025.

MARIN, M. *et al.* Compreendendo a História de Vida de idosos institucionalizados. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 147-154, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbagg/a/6tnQ4zMvfPXrMW96SzdqyzF/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 9 jun. 2025.

MARINGÁ. Prefeitura Municipal de Maringá. Secretaria de Assistência Social (SAS). **Fluxo de Acolhimento Institucional da Pessoa Idosa**. Maringá: Secretaria de Assistência Social, 2023. Disponível em: <http://www3.maringa.pr.gov.br/sistema/arquivos/e7bddaec3840.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2025.

MARINGÁ. Prefeitura Municipal de Maringá. Secretaria de Assistência Social, Políticas sobre Drogas e Pessoa Idosa (SAS). Conselho Municipal dos Direitos da Pessoa Idosa. **CMDPI**. Maringá: Secretaria de Assistência Social, Políticas sobre Drogas e Pessoa Idosa (SAS), 2024. Disponível em: <http://www3.maringa.pr.gov.br/sasc/?cod=conselho/14>. Acesso em: 1 jul. 2025.

MARINGÁ. Prefeitura Municipal de Maringá. Secretaria de Assistência Social, Políticas sobre Drogas e Pessoa Idosa (SAS). Conselho Municipal dos Direitos da Pessoa Idosa. **Fundo Pró-Idoso**. Maringá, [2023]. Disponível em: <http://www3.maringa.pr.gov.br/fundoproidoso/>. Acesso em: 1 jul. 2025.

MARINGÁ. Prefeitura Municipal de Maringá. Secretaria de Assistência Social, Políticas sobre Drogas e Pessoa Idosa (SAS). Proteção Social Especial de Alta Complexidade. **Acolhimento para Pessoas Idosas**. Maringá: Secretaria de Assistência Social, Políticas sobre Drogas e Pessoa Idosa (SAS), 2023. Disponível em: <http://www3.maringa.pr.gov.br/sasc/?cod=protecao-social-visualiza/26>. Acesso em: 1 jul. 2025.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Com interdição de ILPIs em Maringá, MPPR alerta sobre cuidados que as famílias devem ter ao procurarem uma instituição para seus familiares. Maringá, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://mppr.mp.br/Noticia/Com-interdicao-de-ILPIs-em-Maringa-MPPR-alerta-sobre-cuidados-que-familias-devem-ter-ao>. Acesso em: 1 jul. 2025.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Envelhecimento ativo**: um projeto de política de saúde. Tradução: Suzana Gontijo. Brasília, DF: Organização Pan-Americana da Saúde, 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/envelhecimento_ativo.pdf. Acesso em: 6 jun. 2025.

PELA quarta vez, Maringá é eleita a melhor cidade do Brasil para se viver. **Portal da Prefeitura de Maringá**, 31 out. 2024. Disponível em: <https://www.maringa.pr.gov.br/noticia/39803>. Acesso em: 4

jun. 2025.

POLTRONIERI, Bruno Costa; SOUZA, Edinilsa Ramos de; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Violência e direito ao cuidado nas políticas públicas sobre instituições de longa permanência para idosos. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, v. 23, p. 1-14, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/SKFVRp7SdmXPVBYX9N5C6Rs/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 9 jun. 2025.

RAMOS, Paulo Roberto B. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Direito da Pessoa Idosa**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

SANTOS, Kenaty Rilmany Bernardo de Lima; FRANÇA, Natália Ellen Quintela; ARAÚJO, Renata Silva de. Os impactos causados pelo abandono familiar em idosos institucionalizados. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, v. 7, n. 15, p. 1-16, jul./dez. 2024. Disponível em: <https://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/1717>. Acesso em: 15 jun. 2025.

SILVA, D. *et al.* Impactos do abandono afetivo inverso e da violência patrimonial na saúde mental da pessoa idosa. **Revista Científica de Alto Impacto**, v. 28, n. 139, 2024. DOI: 10.69849/revistaft/th102410141422. Disponível em: <https://revistaft.com.br/impactos-do-abandono-afetivo-inverso-e-da-violencia-patrimonial-na-saude-mental-da-pessoa-idosa/>. Acesso em: 15 jun. 2025

SOUZA, Angela Aparecida Roncete; FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. A invisibilidade da pessoa idosa e a responsabilidade civil pelo abandono afetivo inverso. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 21, n. 1, p. 93-110, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9099>. Acesso em: 19 jun. 2025.

MONOPÓLIO, INOVAÇÃO E DESTRUIÇÃO CRIATIVA: UMA REAVALIAÇÃO JURÍDICA DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA SOB A PERSPECTIVA SCHUMPETERIANA

José Alexandre Ricciardi SBIZERA¹
Paulo Eduardo Rossi DOURADO²

RESUMO

Este artigo analisa como a aplicação ortodoxa da Lei de Defesa da Concorrência compromete a inovação e o desenvolvimento econômico em mercados altamente tecnológicos. Argumenta-se que o modelo jurídico dominante, ao priorizar critérios estruturais e ideais herdados da concorrência perfeita, gera decisões que intensificam a repressão à concentração produtiva e fragilizam os incentivos à destruição criativa. Inicialmente, foi explorada a influência do paradigma neoclássico na legislação concorrencial e suas consequências, como a penalização de posições dominantes oriundas da inovação e a dificuldade em distinguir monopólios produtivos de monopólios nocivos. Em seguida, abordou-se como esses fatores impactam o ambiente de negócios, ampliando a insegurança jurídica e promovendo desincentivo ao investimento em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D). Com o objetivo de demonstrar os efeitos negativos desse modelo, analisaram-se os desafios específicos enfrentados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na regulação de mercados digitais e inovadores. Além disso, foram apresentados riscos decorrentes dessa rigidez regulatória, como a estagnação tecnológica e a perpetuação de estruturas obsoletas. Por fim, foram discutidas estratégias de enfrentamento, como a reformulação da análise de concentração com foco em eficiências dinâmicas, a adoção de critérios prospectivos e a valorização do mérito inovador. Concluiu-se pela necessidade de um equilíbrio entre defesa da concorrência e incentivo à inovação, garantindo que o avanço tecnológico seja acompanhado por uma regulação responsiva e orientada ao interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Inovação; Desenvolvimento Econômico; Concorrência Perfeita; Destruição Criativa; Legislação Concorrencial.

ABSTRACT

This article analyzes how the orthodox application of Brazil's Competition Law undermines innovation and economic development in highly technological markets. It is argued that the prevailing legal model, by prioritizing structural criteria and ideals inherited from the theory of perfect competition, leads to decisions that intensify the repression of productive concentration and

1 Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná, UNOPAR; especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina, UEL; mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Linguagem Jurídica e Hermenêutica, Teoria, Filosofia e História do Direito, Metodologia da Pesquisa e Epistemologia Jurídica. Pesquisa a formação do profissional do direito no Brasil, bem como as articulações entre Arte e Direito, principalmente entre Linguagem, Direito e Literatura. Professor de cursos de graduação e pós-graduação em Direito (lato e stricto sensu). Advogado. Consultor acadêmico.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), com experiência acadêmica internacional na Universidade de Coimbra (Portugal), onde cursou disciplinas como Direito Internacional Público e Medicina Legal. Atualmente é mestrando em Direito, Sociedade e Tecnologias, com foco em impactos negativos da tecnologia na formação do profissional jurídico, ética digital e regulação de algoritmos. Possui trajetória profissional com vivência em instituições públicas como a Justiça Eleitoral, OAB e Universidade Estadual de Londrina, atuando em processos administrativos, licitatórios e de atendimento institucional. Também participou da profissionalização dos setores jurídico e administrativo da empresa privada Rossi Tecnologia em Podas. Certificado CPA-20 pela ANBIMA, com interesse em atuação interdisciplinar nas áreas de direito financeiro, compliance, regulação de tecnologia e ensino superior. Produz pesquisas com foco em inteligência artificial, plataformas digitais e seus desafios ético-jurídicos.

weaken incentives for creative destruction. Initially, the influence of the neoclassical paradigm on antitrust legislation and its consequences were explored, such as the penalization of dominant positions arising from innovation and the difficulty in distinguishing between productive and harmful monopolies. Then, the article examined how these factors impact the business environment, increasing legal uncertainty and discouraging investment in Research and Development (R&D). In order to demonstrate the negative effects of this model, the specific challenges faced by the Administrative Council for Economic Defense (CADE) in regulating digital and innovation-driven markets were analyzed. In addition, the risks arising from such regulatory rigidity were presented, including technological stagnation and the perpetuation of obsolete structures. Finally, strategies for addressing these issues were discussed, such as the reformulation of merger review with a focus on dynamic efficiencies, the adoption of forward-looking criteria, and the recognition of innovative merit. The article concludes by emphasizing the need for a balance between competition enforcement and innovation incentives, ensuring that technological advancement is accompanied by responsive regulation oriented toward the public interest.

KEYWORDS: Innovation; Economic Development; Perfect Competition; Creative Destruction; Competition Law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma reavaliação crítica do papel jurídico dos monopólios em mercados caracterizados por elevada intensidade tecnológica e rápida mutação estrutural, tomando como ponto de partida o pensamento econômico de Joseph Alois Schumpeter. A ideia amplamente difundida de que toda forma de monopólio representa, por definição, uma ameaça à livre concorrência e ao bem-estar do consumidor constitui um dos pilares do paradigma ortodoxo da regulação antitruste, refletido tanto na doutrina jurídica dominante quanto na prática decisória das autoridades de defesa da concorrência, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Brasil.

Tal concepção, contudo, revela-se cada vez mais insuficiente diante dos desafios impostos pelos mercados digitais, pela economia de plataformas e pela inovação disruptiva. Em contextos nos quais o diferencial competitivo está intimamente associado à capacidade de inovar e não apenas de competir em termos de preço ou quantidade, a concentração de mercado pode assumir, paradoxalmente, uma função catalisadora do desenvolvimento econômico, ao viabilizar investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D), ganhos de escala e adoção de tecnologias de fronteira.

Nesse cenário, a crítica schumpeteriana à estática do equilíbrio neoclássico ganha renovada atualidade. A destruição criativa, conceito central da obra de Schumpeter, expressa um processo endógeno de transformação econômica no qual empresas inovadoras desestabilizam a ordem existente, substituindo modelos produtivos obsoletos por novos paradigmas tecnológicos. A partir dessa perspectiva, os monopólios não são necessariamente sintomas de falhas de mercado a serem

corrigidas, mas, em muitos casos, manifestações transitórias do êxito inovador, cuja natureza dinâmica exige um olhar jurídico mais sofisticado e contextual.

O objetivo do presente estudo é, portanto, investigar em que medida a aplicação ortodoxa e estruturalista da legislação concorrencial, alicerçada na noção idealizada de concorrência perfeita, pode comprometer a própria finalidade da ordem econômica constitucional, que é a promoção do desenvolvimento nacional (art. 170, CF). Para tanto, serão exploradas as tensões entre a dogmática jurídica da defesa da concorrência e a lógica econômica da inovação, propondo-se critérios mais adequados para a distinção entre monopólios predatórios e monopólios inovadores, especialmente em setores sujeitos à rápida obsolescência tecnológica. A hipótese central é que o tratamento jurídico da concentração econômica deve evoluir de uma análise exclusivamente estática para uma abordagem dinâmica, orientada por resultados concretos sobre inovação, eficiência e bem-estar social.

1. CONCORRÊNCIA PERFEITA E SEUS LIMITES TEÓRICOS

A teoria da concorrência perfeita, alicerçada na tradição neoclássica da economia, constitui um construto analítico que descreve um mercado idealizado no qual coexistem inúmeros agentes econômicos, produtos homogêneos, plena mobilidade de entrada e saída, além de informação perfeita e simétrica entre todos os participantes (Motta, 2004). Nesse arranjo, nenhuma firma detém poder de mercado, e os preços são determinados exclusivamente pelas forças anônimas da oferta e da demanda. Trata-se de uma abstração metodológica útil para a formulação de modelos matemáticos e a derivação de conclusões normativas sobre alocação de recursos e eficiência estática (Robinson, 1969). No entanto, sua aplicação direta ao mundo empírico revela-se profundamente limitada.

Ainda na década de 1930, autores como Joan Robinson expuseram as fragilidades do paradigma da concorrência perfeita, dando origem à teoria da concorrência imperfeita (Robinson, 1969). Robinson demonstrou que mercados reais são marcados por assimetrias de informação, barreiras à entrada, diferenciação de produtos e, sobretudo, pela presença de poder de mercado, ainda que difuso. Esses elementos comprometem a validade prescritiva da teoria neoclássica, que assume, de maneira irrealista, condições de mercado que raramente se verificam na prática (Robinson, 1969).

Apesar disso, o arcabouço normativo de defesa da concorrência, tanto no Brasil quanto em muitos outros países, continua a operar, muitas vezes, com base em pressupostos herdados desse modelo idealizado (Furtado, 2007). A doutrina jurídica frequentemente adota, de maneira acrítica, os parâmetros da concorrência perfeita como critério de aferição da legalidade de condutas

empresariais e estruturas de mercado. O próprio ordenamento brasileiro, ao definir infrações à ordem econômica, recorre a expressões como “domínio de mercado” e “eliminação da concorrência” (art. 36 da Lei nº 12.529/2011), cuja interpretação tende a ser influenciada por uma visão estruturalista e estática da economia (Furtado, 2007).

Essa aderência dogmática à concorrência perfeita revela-se especialmente problemática em mercados caracterizados por inovação tecnológica acelerada, nos quais a vantagem competitiva advém não da multiplicidade de agentes ou da homogeneidade de produtos, mas da capacidade de diferenciar, de inovar e de explorar economias de escala e escopo (Motta, 2004). Setores como o digital, o farmacêutico, o aeroespacial e o de energia demonstram que a eficiência dinâmica, em contraponto à eficiência alocativa de curto prazo, deve ser o verdadeiro critério orientador da política concorrencial em ambientes complexos (Robinson, 1969). A manutenção de um ideal normativo ultrapassado não apenas atrapalha a compreensão dos fenômenos econômicos contemporâneos, como pode produzir efeitos contraproducentes ao cercear estratégias legítimas de inovação e crescimento empresarial (Furtado, 2007).

2. SCHUMPETER, INOVAÇÃO E DESTRUIÇÃO CRIATIVA

Joseph Alois Schumpeter representa uma das mais expressivas vozes dissidentes da tradição neoclássica no campo da teoria econômica. Rompendo com a ideia de progresso econômico linear, previsível e equilibrado, o autor austro-americano propôs uma abordagem essencialmente dinâmica do capitalismo, na qual o desenvolvimento econômico não decorre de ajustes marginais em um sistema em equilíbrio, mas sim de rupturas profundas e descontínuas que remodelam por completo as estruturas de produção e de mercado (Schumpeter, 1982). Esse processo, que ele denominou de destruição criativa, constitui o núcleo teórico de duas de suas principais obras: *Teoria do Desenvolvimento Econômico e Capitalismo*, *Socialismo e Democracia*.

Para Schumpeter, a inovação é a força propulsora da mudança econômica. Ela pode assumir diversas formas: a introdução de novos bens, a criação de novos métodos de produção, a abertura de novos mercados, a reorganização da estrutura de uma indústria ou o surgimento de novas formas de organização empresarial (Schumpeter, 1982). Tais inovações não apenas otimizam processos preexistentes, mas instauram um novo paradigma, rompendo com o status quo e reconfigurando os canais do chamado “fluxo circular” da economia. Em razão disso, o equilíbrio é menos um estado normativo a ser buscado, e mais um ponto transitório entre sucessivas ondas de transformação (Schumpeter, 1982).

O motor desse processo inovador é o empreendedor schumpeteriano, figura que combina liderança, ousadia e visão estratégica para romper com os padrões estabelecidos. A consequência

inevitável dessas inovações é a reconfiguração temporária do mercado: empresas inovadoras, ao lançarem produtos ou processos disruptivos, tendem a obter posições de dominância que lhes garantem retorno sobre os investimentos realizados, muitas vezes na forma de lucros extraordinários (Schumpeter, 1984). Nesse sentido, a concentração de mercado, longe de representar um vício anticompetitivo por si só, pode ser interpretada como um efeito natural e desejável do sucesso inovador, ou seja, como um sintoma de vitalidade econômica e não como patologia a ser corrigida (Schumpeter, 1984).

A visão schumpeteriana, portanto, desloca o foco da eficiência estática — centrada em preços e quantidade sob condições de concorrência perfeita — para a eficiência dinâmica, que valoriza a capacidade do sistema econômico de se reinventar continuamente (Schumpeter, 1984). A existência de monopólios temporários, obtidos via inovação, pode inclusive ser funcional ao desenvolvimento, pois propicia os incentivos necessários à realização de investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), cuja maturação exige horizonte de retorno mais alargado (Schumpeter, 1984).

Esse ponto de vista tem profundas implicações jurídicas. Ele desafia os pressupostos tradicionais da legislação antitruste, que frequentemente parte do axioma de que concentração de mercado é sinônimo de risco à concorrência. Quando aplicada de forma acrítica, essa lógica pode levar à repressão de estratégias empresariais legítimas, inibindo a emergência de novos paradigmas tecnológicos (Schumpeter, 1982). A análise schumpeteriana, por outro lado, propõe uma leitura contextualizada e prospectiva do poder de mercado, reconhecendo que a própria concorrência é um fenômeno evolutivo, e que a regulação deve ser calibrada não apenas para preservar estruturas de mercado existentes, mas também para promover a inovação e o progresso econômico a longo prazo (Schumpeter, 1982).

2.1. O Monopólio como Fase do Ciclo de Inovação

Na perspectiva schumpeteriana, como já fora abordado, o monopólio não deve ser compreendido como uma disfunção ou uma exceção patológica ao ideal concorrencial, mas sim como uma fase natural e transitória do processo de desenvolvimento econômico impulsionado pela inovação (Schumpeter, 1982). Para o autor, as estruturas de mercado não são estáticas nem devem ser avaliadas com base apenas em sua configuração momentânea; ao contrário, são expressões mutáveis de uma dinâmica evolutiva em que a inovação opera como força de ruptura e recomposição dos padrões produtivos (Schumpeter, 1982).

Nesse modelo teórico, a empresa inovadora — ao introduzir uma tecnologia disruptiva, um novo bem ou um novo método de produção — obtém, como recompensa pelo risco e pelo

investimento assumidos, uma posição de domínio temporário, que pode se traduzir em lucros extraordinários e liderança de mercado (Schumpeter, 1982). Essa dominância não é conquistada pela exclusão predatória de rivais ou pelo controle abusivo de insumos essenciais, mas por meio da superioridade técnica e organizacional. Trata-se de um monopólio de mérito, que estimula o progresso tecnológico e a eficiência de longo prazo (Schumpeter, 1982).

Importa destacar que esse tipo de concentração não é perpetuado indefinidamente. Ao contrário, ele é intrinsecamente instável, pois será inevitavelmente desafiado por inovações que tornarão obsoleta a vantagem anterior (Motta, 2004). Assim, a concorrência, em sua forma mais profunda, não ocorre apenas entre empresas contemporâneas competindo pelos mesmos consumidores, mas entre diferentes ondas tecnológicas, entre modelos de negócio ascendentes e decadentes, entre o novo e o velho. A competição, nesse contexto, é intertemporal e paradigmática (Schumpeter, 1984).

Essa leitura amplia de forma substancial o conceito de concorrência, afastando-o da concepção estritamente estrutural, que vê o número de agentes no mercado como indicador suficiente de seu grau de competitividade. Em mercados sujeitos à constante transformação, o verdadeiro motor da concorrência é a capacidade de inovação, não a multiplicidade numérica de ofertantes (Schumpeter, 1984). Portanto, a função do sistema jurídico não deve ser a de preservar estruturas empresariais estáticas ou evitar a emergência de líderes de mercado inovadores, mas sim a de garantir que o ciclo inovativo não seja artificialmente interrompido por barreiras regulatórias indevidas ou por monopólios legalmente blindados da destruição criativa (Schumpeter, 1984).

Nesse sentido, a regulação deve ser sensível ao tempo econômico da inovação, evitando respostas imediatistas que busquem restaurar artificialmente um equilíbrio anterior (Schumpeter, 1984). A vigilância jurídica deve se concentrar não na existência do monopólio em si, mas nos mecanismos que impedem que a inovação continue a operar como força transformadora, como práticas anticompetitivas estruturadas para excluir inovadores emergentes ou regulações que consolidem monopólios obsoletos sob o pretexto de estabilidade (Schumpeter, 1984).

A implicação normativa dessa visão é clara e reafirma o que já fora tratado neste trabalho: a análise do poder de mercado deve ser contextual e prospectiva, atentando-se para o caráter dinâmico e cíclico da inovação (Schumpeter, 1982). Em última instância, o monopólio, para Schumpeter, não é o fim da concorrência, mas parte integrante do processo concorrencial quando este é entendido em sua dimensão histórica, criativa e evolutiva (Schumpeter, 1982).

2.2. Destruição Criativa e Progresso Econômico

O processo de destruição criativa formulado por Schumpeter, abordado anteriormente de

forma superficial, implica uma concepção do crescimento econômico como fenômeno não-linear, descontínuo e essencialmente conflituoso. A inovação, longe de ser um mero aperfeiçoamento incremental, opera como força disruptiva que desorganiza o equilíbrio pré-existente, desestrutura setores consolidados e promove a ascensão de novos arranjos produtivos, tecnológicos e institucionais (Schumpeter, 1982). Trata-se, em essência, de um ciclo de substituições, em que o novo se impõe pela obsolescência do antigo — um movimento marcado tanto por ganhos extraordinários quanto por perdas significativas, inclusive sociais (Schumpeter, 1982).

Nesse contexto, a ideia de um progresso harmônico, cumulativo e previsível, típica da macroeconomia de inspiração keynesiana e da microeconomia neoclássica, não apenas se mostra empiricamente frágil, como normativamente inadequada para orientar políticas públicas e a atuação dos entes reguladores (North, 1990). A inovação, em sua forma mais transformadora, não preserva o status quo, mas o desafia radicalmente. Assim, a destruição criativa é, ao mesmo tempo, mecanismo de desenvolvimento e de instabilidade, sendo inseparável da lógica do capitalismo (North, 1990).

O papel do Direito, nesse ambiente de constante reinvenção, não pode ser o de tutelar estruturas econômicas consolidadas, como se estas fossem fins em si mesmas. Ao contrário, cabe ao ordenamento jurídico, especialmente no campo do Direito Econômico e da política de defesa da concorrência, reconhecer e respeitar a dinâmica evolutiva do sistema produtivo (North, 1990). Isso exige uma postura institucional que evite a cristalização normativa de modelos regulatórios baseados em realidades ultrapassadas, frequentemente herdadas de paradigmas analíticos como o da concorrência perfeita, que, por sua vez, já fora discutida no presente estudo (North, 1990).

A resistência à mudança, quando incorporada em dispositivos legais ou na interpretação das autoridades administrativas e judiciais, pode gerar o que alguns autores denominam de “rigidez institucional disfuncional” — uma espécie de inércia normativa que bloqueia a adaptação do sistema jurídico às transformações econômicas (North, 1990). Em termos práticos, isso pode ocorrer, por exemplo, quando o Direito antitruste reprime condutas inovadoras sob o argumento de que desequilibram o mercado, sem considerar que o próprio desequilíbrio é, muitas vezes, a condição necessária da evolução tecnológica e da geração de novos valores sociais e econômicos (Motta, 2004).

Portanto, a função do Direito, longe de ser reativa ou conservadora, deve ser proativamente orientada para a promoção de um ambiente institucional capaz de acolher, fomentar e legitimar a inovação. Isso não significa abrir mão da regulação, tampouco endossar práticas monopolistas abusivas sob o pretexto de incentivo à tecnologia, mas sim operar uma mudança de paradigma na qual a regulação seja compatível com a incerteza e a fluidez características da economia da inovação (North, 1990). Em vez de tutelar estruturas obsoletas, o Direito deve contribuir para a

remodelação contínua do próprio campo econômico, atuando como catalisador e não como freio da destruição criativa (North, 1990).

3. A ESTRUTURA DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A VISÃO DE MERCADO TRADICIONAL DO CADE

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), representa um marco na consolidação do regime jurídico de tutela da ordem econômica no Brasil. Inspirada nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (art. 170, incisos IV e VII, da Constituição Federal), a norma visa coibir condutas abusivas e práticas anticompetitivas que possam comprometer o funcionamento eficiente dos mercados. A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão responsável por aplicar a lei, compreende tanto a repressão a infrações quanto o controle prévio de estruturas, como fusões e aquisições.

Em tese, a legislação brasileira admite uma abordagem analítica mais moderna e sensível à complexidade dos mercados, ao prever expressamente a possibilidade de considerar ganhos de eficiência econômica como elemento a ser ponderado na análise de condutas e atos de concentração. Esse dispositivo abre espaço para a aplicação de uma análise concorrencial baseada em efeitos (*rule of reason*), que leva em conta não apenas os impactos estruturais de determinada prática ou operação, mas também seus efeitos dinâmicos sobre a inovação, a eficiência produtiva e o bem-estar do consumidor a longo prazo (Motta, 2004).

Entretanto, o que se observa na prática administrativa é uma predominância de uma abordagem estruturalista, fortemente influenciada pelos paradigmas tradicionais da concorrência perfeita (Ferraz Junior; Salomão Filho; Nusdeo, 2015). Critérios como participação de mercado, barreiras à entrada, grau de concentração setorial e potencial de exclusão de concorrentes ainda ocupam papel central nas decisões do CADE, mesmo em mercados onde tais métricas oferecem uma visão distorcida da realidade econômica. Esse modelo analítico tende a supor que qualquer grau elevado de concentração representa risco de abuso, desconsiderando as especificidades de setores nos quais a inovação tecnológica é o principal vetor de diferenciação competitiva (Ferraz Junior; Salomão Filho; Nusdeo, 2015).

Em setores intensivos em inovação, como tecnologia da informação, biotecnologia, telecomunicações, inteligência artificial e plataformas digitais, o monopólio não raramente é consequência direta de processos inovadores bem-sucedidos — e não da eliminação predatória da concorrência (Posner, 2001). Empresas que desenvolvem tecnologias disruptivas muitas vezes se tornam líderes incontestes em seus segmentos por mérito técnico e capacidade empreendedora, não

por práticas anticompetitivas. Tratar essas situações com os mesmos instrumentos e pressupostos aplicáveis a mercados tradicionais pode conduzir a erros regulatórios graves, ou seja, intervenções indevidas que penalizam comportamentos pró-competitivos e inibem a inovação (Posner, 2001).

Além disso, a ênfase desproporcional em indicadores de curto prazo ignora os ciclos econômicos próprios da destruição criativa. Como já argumentado por Schumpeter, a concorrência nos mercados inovadores ocorre menos pela paridade estrutural entre empresas contemporâneas e mais pelo deslocamento contínuo de paradigmas (Schumpeter, 1984). A empresa dominante de hoje pode ser rapidamente superada por uma inovação de ruptura, processo comum em setores de alta tecnologia, como repetidamente vem sendo abordado neste artigo. Assim, o foco exclusivo em estruturas estáticas obscurece a natureza evolutiva e dinâmica da competição nesses mercados (Schumpeter, 1984).

A insuficiência da abordagem estruturalista já é reconhecida por autores que propõem uma agenda regulatória centrada na concorrência dinâmica, especialmente em economias baseadas no conhecimento (Posner, 2001). A análise de atos de concentração, por exemplo, deveria considerar não apenas a estrutura de mercado atual, mas também os incentivos à inovação, a velocidade do progresso tecnológico, a possibilidade de entrada futura por meio da disrupção e o papel de ativos intangíveis. Do contrário, o sistema jurídico corre o risco de se tornar um entrave institucional ao próprio desenvolvimento tecnológico que ele deveria fomentar (Posner, 2001).

Desse modo, mais importante que reformular a hermenêutica da Lei nº 12.529/2011, é buscar tornar a prática administrativa compatível com a complexidade dos mercados contemporâneos. Isso implica adotar ferramentas analíticas mais sofisticadas, como a análise de eficiências dinâmicas, o estudo de cadeias de valor baseadas em dados, e metodologias de avaliação de impacto regulatório voltadas para a inovação (Motta, 2004). O objetivo não é relativizar a importância da concorrência, mas reconhecer que a sua forma contemporânea assume feições distintas daquela descrita pela teoria da concorrência perfeita, exigindo, por conseguinte, uma regulação responsiva, adaptativa e teoricamente informada (Motta, 2004).

4. MONOPÓLIOS PRODUTIVOS X MONOPÓLIOS NOCIVOS: UMA DISTINÇÃO NORMATIVA E FUNCIONAL

A distinção entre monopólios produtivos e monopólios nocivos é fundamental para qualquer tentativa de construção de um modelo jurídico de regulação econômica que leve em consideração os desafios contemporâneos da inovação e da transformação tecnológica. Como visto anteriormente, sob o ponto de vista econômico schumpeteriano, nem toda concentração de mercado é deletéria. Ao contrário, há situações em que a dominância de mercado constitui um resultado

eficiente do processo competitivo, e não uma violação à ordem econômica (Schumpeter, 1984).

Monopólios produtivos são aqueles que emergem como consequência direta da introdução de inovações tecnológicas, organizacionais ou comerciais disruptivas. Empresas que atuam na fronteira do conhecimento e que, por meio de elevados investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), criam novos mercados ou redesenham setores inteiros da economia, podem adquirir posição dominante de forma legítima (Schumpeter, 1984). Nestes casos, o monopólio funciona como incentivo e recompensa ao esforço inovador, permitindo que o agente econômico usufrua, ao menos temporariamente, dos frutos de sua vantagem competitiva (Schumpeter, 1984).

Adicionalmente, tais monopólios podem desempenhar papel essencial na difusão de novos padrões tecnológicos e de consumo, ao operar como plataformas de coordenação econômica em mercados fragmentados ou em fase inicial de maturação (Motta, 2004). Em determinados setores, a própria escala necessária para viabilizar a inovação exige concentração, seja para amortizar custos fixos elevados, seja para gerar externalidades positivas que não seriam alcançáveis em um ambiente atomizado (Motta, 2004).

Por outro lado, monopólios nocivos são caracterizados pela adoção de estratégias deliberadas de exclusão de concorrentes, manutenção artificial de barreiras à entrada, abusos de dependência econômica ou degradação da qualidade dos produtos com vistas à maximização de lucros no curto prazo, sem qualquer contrapartida inovadora ou aumento de eficiência (Hovenkamp, 2005). Nesses casos, o monopólio não resulta da superioridade técnica ou organizacional, mas da manipulação do ambiente institucional e da distorção dos mecanismos de mercado. Esses comportamentos configuram verdadeiras falhas sistêmicas, e justificam a atuação contundente das autoridades antitruste (Hovenkamp, 2005).

Do ponto de vista jurídico, o desafio central está em construir critérios normativos e empíricos capazes de distinguir, com segurança, um monopólio que seja fruto de mérito e eficiência de outro que resulte de práticas anticompetitivas (Hovenkamp, 2005). Essa distinção exige uma mudança epistemológica: o foco deve deixar de recair exclusivamente sobre a estrutura de mercado — como a participação percentual de um agente — e passar a considerar os mecanismos de obtenção e manutenção da dominância, seus impactos sobre a inovação e seus efeitos dinâmicos sobre o bem-estar social (Hovenkamp, 2005).

A literatura contemporânea em Direito Concorrencial tem apontado caminhos nesse sentido. Modelos de análise baseados em eficiências dinâmicas, teorias do dano concorrencial voltadas à inovação e abordagens baseadas em comportamento competitivo ao longo do tempo vêm sendo debatidos, especialmente no contexto dos mercados digitais. Autores como Herbert

Hovenkamp defendem que o Direito deve adotar ferramentas mais analíticas, como a análise contrafactual prospectiva e a avaliação de ecossistemas de inovação, para compreender adequadamente os efeitos da concentração econômica (Hovenkamp, 2005).

A ausência de tais critérios compromete tanto a segurança jurídica quanto a eficácia da política concorrencial. Se o monopólio produtivo for confundido com o nocivo, haverá um chilling effect ou mesmo um desencorajamento sobre o investimento e a inovação (Hovenkamp, 2005). Da mesma forma, a tolerância a monopólios nocivos tende a comprometer a contestabilidade do mercado e gerar externalidades negativas duradouras, como a erosão do pluralismo econômico e a captura de regulações (Hovenkamp, 2005).

Assim, a função do Direito Econômico contemporâneo é mais ambiciosa do que simplesmente coibir monopólios: é a de construir um arcabouço normativo capaz de reconhecer, distinguir e tratar adequadamente os diferentes tipos de concentração de poder econômico, com base em fundamentos empíricos e finalidades constitucionais claras, como a promoção da livre iniciativa, do desenvolvimento nacional e da justiça social. Somente por meio dessa sofisticação normativa será possível alinhar a defesa da concorrência à lógica da inovação — e, em última instância, ao interesse público (Furtado, 2007).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, procurou-se demonstrar que a leitura tradicional do monopólio como anomalia antijurídica e obstáculo ao bem-estar coletivo deve ser reavaliada à luz de uma abordagem dinâmica da economia, conforme proposta por Joseph Schumpeter. Em vez de considerar a concorrência perfeita como modelo ideal normativo, algo claramente afastado da realidade empírica dos mercados contemporâneos, o Direito Concorrencial deve reconhecer que, em certos setores, especialmente os tecnologicamente intensivos, a concentração de mercado é não apenas inevitável, mas desejável enquanto catalisadora da inovação e do progresso técnico.

Retomando o ponto de partida, viu-se que o dogma da concorrência perfeita ainda exerce influência normativa sobre a estrutura da Lei nº 12.529/2011 e, mais notadamente, sobre sua aplicação prática pelo CADE. Embora o ordenamento jurídico contemple a possibilidade de considerar eficiências econômicas, a análise concorrencial no Brasil frequentemente permanece aprisionada a métricas estruturais e estáticas, desconsiderando os mecanismos reais de competição em mercados digitais e inovadores. Esse descompasso gera riscos regulatórios concretos: a repressão de monopólios legítimos (produtivos) pode dissuadir investimentos em P&D, desacelerar o ciclo da destruição criativa e, paradoxalmente, enfraquecer a concorrência no longo prazo.

A partir da perspectiva schumpeteriana, evidenciou-se que a concorrência mais relevante

em ambientes inovadores não se dá entre empresas idênticas, em equilíbrio de mercado, mas sim entre paradigmas tecnológicos em disputa. O monopólio, nesses casos, não é o ponto final da competição, mas uma fase transitória, sujeita à constante ameaça de superação por inovações subsequentes. Essa constatação reforça a urgência de uma abordagem jurídica mais contextual, histórica e funcional, que vá além da quantificação de fatias de mercado e incorpore elementos como efeitos de rede, acesso a dados, capacidade de escalar soluções tecnológicas e intensidade do investimento inovador.

Ao tratar dos monopólios, demonstrou-se que o problema não está apenas no exercício do poder econômico, mas na incapacidade do modelo regulatório atual de discernir entre dominância por mérito e dominância por exclusão. Ignorar essa distinção compromete não apenas a equidade do sistema regulatório, mas o seu papel estratégico no fomento à inovação e na construção de um ambiente competitivo saudável. A ausência de critérios jurídicos mais refinados para distinguir entre monopólios produtivos e monopólios nocivos aprofunda o divórcio entre Direito e realidade econômica, ameaçando a legitimidade da política concorrencial.

Diante disso, conclui-se que é necessário repensar os fundamentos normativos e metodológicos do Direito da Concorrência no Brasil. Não se trata de eliminar o controle sobre o poder econômico, tampouco de endossar práticas excludentes sob o manto da inovação. O que se propõe é a construção de um novo paradigma analítico e regulatório, que reconheça a importância das eficiências dinâmicas, adote critérios evolutivos para a análise de dominância e permita a regulação com base em efeitos reais sobre a capacidade inovadora dos mercados, e não apenas sobre sua estrutura momentânea.

Nesse cenário, o papel do Direito Econômico é duplo: por um lado, deve garantir que a competição ocorra de forma justa, reprimindo práticas lesivas à contestabilidade de mercado; por outro, deve atuar como indutor da inovação e do desenvolvimento econômico sustentável, reconhecendo que a criação do novo, mesmo quando concentradora, pode ser o principal vetor de transformação social.

Portanto, o caminho a ser seguido exige uma reformulação epistemológica da política concorrencial, com diálogo mais estreito entre juristas, economistas, cientistas de dados e formuladores de políticas públicas. A construção de uma teoria jurídica da concorrência que seja compatível com a realidade da inovação é não apenas desejável, mas urgente para que o Direito não se torne uma barreira à própria evolução do capitalismo que pretende regular.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 maio 2025.

Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; e dá outras providências**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 148, n. 231, p. 1-5, 1 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 6 maio 2025.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (Org.). **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. São Paulo: Manole, 2015.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2007.

HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise: Principle and Execution**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2005.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução de Luiz Fernando de Paula. Rio de Janeiro: Campus, 1990. ROBINSON, Joan. **The Economics of Imperfect Competition**. 2. ed. London: Macmillan, 1969.

POSNER, Richard A. **Antitrust Law**. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Maria Sílvia Possas. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Sílvia Possas. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

O AMPARO ASSISTENCIAL PARA A PESSOA IDOSA COMO ULTIMO RECURSO PARA SUA SUBSISTÊNCIA: UMA ANÁLISE SOB UMA PERSPECTIVA SOCIAL E INCLUSIVA

Amin Abil RUSS NETO¹

Carla BERTONCINI²

Juliana de Almeida Salvador FIORILO³

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo a análise da cobertura assistencial devida à pessoa idosa, que ao implementar o requisito etário, para que faça jus ao benefício assistencial, deve preencher o requisito miserabilidade, ao demonstrar que não possui condições de suprir seu próprio sustento, ou de tê-lo suprido por sua família. É justo que a pessoa idosa seja privada do benefício assistencial por conviver em núcleo familiar diverso do que a lei exige ou que a jurisprudência faça interpretação extensiva acerca da previsão legal sobre o núcleo familiar em que a pessoa idosa está inserida? A pessoa idosa, por escolha própria ou por circunstâncias alheias à sua vontade, pode vir a conviver sob o mesmo teto com filhos solteiros, maiores de idade que possuem seu próprio núcleo familiar. A pessoa com idade superior a 65 anos, sem uma renda fica privada de uma vida digna capaz de suprir necessidades básicas. O método utilizado foi o dedutivo, com uma abordagem baseada na análise descritiva e exploratória, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Desse modo, a negativa na concessão do benefício fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial para sua subsistência.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade humana; inclusão social; pessoa idosa; benefício assistencial; interpretação da lei.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the welfare coverage owed to the elderly, who, in order to be entitled to the welfare benefit, must fulfill the miserability requirement by demonstrating that they are unable to provide for themselves or have their family provide for them. Is it fair for the elderly person to be deprived of the welfare benefit because they live in a family nucleus that is different from what the law requires, or for the case law to interpret the legal provision about the family nucleus in which the elderly person lives extensively? Elderly people, by their own choice or due to circumstances beyond their control, may live under the same roof with unmarried, adult children who have their own family nucleus. People over the age of 65 without an income are deprived of a dignified life capable of meeting their basic needs. The method used was deductive, with an approach based on descriptive and exploratory analysis, through bibliographical and jurisprudential research. In this way, the refusal to grant the benefit violates the constitutional principle of the dignity of the human person and the existential minimum for their subsistence.

-
- 1 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2010). Especialista em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2011). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA (2023). Doutorando em Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão pela UENP (2025)
 - 2 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (subárea de concentração Direito Civil) - PUC (2011). Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (2001). Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (1992). Advogada. Atualmente é professora adjunta do curso de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado/Doutorado) e do curso de graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho/PR e professora de Direito Civil (Direito das Famílias e Sucessões) do UNIFIO-Ourinhos/SP.
 - 3 Doutoranda e Mestre em Ciência Jurídica na linha de pesquisa Direitos e Vulnerabilidades, na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Advogada Especialista em Direito Previdenciário.

KEYWORDS: human dignity; social inclusion; elderly; welfare benefit; interpretation of the law.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são assegurados pela Constituição Federativa do Brasil de 1988 e acompanham o cidadão desde sua concepção até o momento de sua morte. A proteção aos direitos sociais e individuais está inserida no preâmbulo da Magna Carta de 1988, assim como o bem-estar social, a justiça e a fraternidade. Mas nem sempre foi assim: a proteção social no Brasil foi sendo construída ao longo dos anos e somente em 1988 a seguridade passou a ser inserida no texto constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos. Nesse esteio, a presente pesquisa tratará do direito à pessoa idosa a ter assegurado o benefício assistencial, para a promoção do mínimo necessário para sobreviver dignamente.

As pessoas idosas possuem fragilidades que os colocam em situação de vulnerabilidade social (idade avançada, impossibilidade de se inserir no mercado de trabalho, entre outros). Por conseguinte, ao pleitearem o benefício assistencial, são excluídos da proteção assistencial pela não comprovação da miserabilidade econômica.

Por esse motivo surge a importância de se avaliar a situação de exclusão social imposta à pessoa idosa quando é privada de um mínimo para a sobrevivência. Outrossim, a assistência social insurge como um desdobramento da seguridade para amparar cidadãos em situação de vulnerabilidade, quando não podem suprir suas necessidades ou de tê-las supridas por terceiros. O benefício assistencial à pessoa idosa é de suma importância, pois na maioria dos casos, trata-se de pessoas que trabalharam a vida toda e que por alguma razão não obtiveram o êxito no reconhecimento da sua aposentadoria (proteção previdenciária por idade ou por tempo de contribuição).

Como consequência, a pessoa idosa sofre com a ausência de um salário mínimo para sobreviver, e nessas linhas a miserabilidade deve ser tratada como um critério relevante de vulnerabilidade social, pois na maioria dos casos não existe como a pessoa em idade avançada ter suas necessidades básicas providas.

Nessa perspectiva, diante das adversidades da vida, bem como diante da pluralidade do conceito de família nos dias atuais, o Estado tem o dever de proteger os cidadãos, e a lei deve ser interpretada a favor da pessoa idosa em situação de vulnerabilidade, em caso de dúvida quanto a quem incumbe o dever de prover sua subsistência ou diante do critério objetivo na aferição da renda

per capita⁴.

No que tange a metodologia, utilizou-se o método dedutivo, juntamente com uma abordagem baseada na análise descritiva e exploratória, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Em última análise, o resultado que se busca obter, através do estudo da doutrina e jurisprudência é que a concessão do benefício assistencial à pessoa idosa é uma medida de justiça que se impõe, como último recurso (já que a pessoa não atendeu aos requisitos necessários para aposentadoria), para atender às suas necessidades mínimas existenciais da pessoa idosa e atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva social e inclusiva.

1. DA PROTEÇÃO SOCIAL NO BRASIL: DA LEI ELOY CHAVES ATÉ A ERA DA SEGURIDADE SOCIAL

A proteção social no Brasil teve como iniciativas assistencialistas, sem a participação do Estado, através das santas casas, em meados do século XVI. Posteriormente, houve a institucionalização de alguns benefícios como aposentadoria por incapacidade e por idade a algumas categorias, como aos funcionários dos Correios e da Marinha, entre os anos de 1888 e 1889. Nesse contexto da vigência da Constituição de 1889 foi criada a Lei Eloy Chaves, que foi considerada o marco da Previdência Social no Brasil, com a implementação das caixas de aposentadorias e pensões em favor dos trabalhadores ferroviários (Ibrahim, 2022). Essa fase foi denominada de Período de implantação ou formação (Horvath, 2022).

Houve a propagação das caixas de aposentadoria pelo país, e a organização desse sistema em institutos, para o melhor gerenciamento desse sistema previdenciário pelo Governo. Cumpre mencionar que a Constituição de 1934 foi a primeira a prever a palavra “previdência”, seguida pela Constituição de 1937 que mencionava a palavra seguro social, em alusão à previdência. A Constituição de 1946, por sua vez, inseriu pela primeira vez o verbete previdência social, no lugar da palavra seguro social (Ibrahim, 2022), e denominado de Período de expansão (Horvath, 2022).

A fase da unificação se deu com a criação do Instituto Nacional da Previdência Social (Horvath, 2022). Essa unificação ocorrida em 1966 dos Institutos de aposentadorias e pensões, gerou certo descontentamento para a sociedade, pelo temor na fragilização dos institutos. Em que pese os argumentos contrários o Instituto Nacional de Previdência Social é a entidade autárquica que gerencia os benefícios previdenciários no país, e em 1990 passou a ser denominado Instituto Nacional do Seguro Social (Ibrahim, 2022).

A Constituição Federal foi a pioneira a prever a palavra seguridade social, em capítulo

4 Renda per capita: é calculada dividindo-se a renda total da residência pelo número de seus moradores.

próprio, que engloba em seu conceito os benefícios da previdência, saúde e assistencial social. É considerada como o ápice do bem-estar social no Brasil (Ibrahim, 2022) e atribuído ao período o nome de Período da Seguridade Social, pelo alcance da proteção social, ou seja, “o Brasil deixou de ser um Estado Providência, que garante apenas proteção aos trabalhadores, para ser um Estado de Seguridade Social”, que protege a todos os cidadãos em face de contingências sociais, com base no Plano Beveridge, que visava proteção em todas as fases de sua vida (Horvath, 2022).

O mundo experimentou a fase máxima do bem-estar social entre os anos de 1940 a 1970, durante o período da Segunda Guerra Mundial, com a implementação de diversos instrumentos protetivos, como o Plano Beveridge, na Inglaterra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 e a Convenção 102 da OIT, de 1952 com regras de Seguridade Social. Esse período foi denominado como período da consolidação, e no final de 1970 já se falava nas idéias de Estado mínimo com o definimento de direitos em virtudes de reformas nos sistemas previdenciários (Horvath, 2022).

Nessa conjuntura, o sistema de proteção social no Brasil, através da seguridade social, tem por objetivo proporcionar o direito de prestações às pessoas trabalhadoras que vertem contribuições como proteção em face de infortúnios. Nessas linhas:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuição de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando um padrão mínimo de vida digna (Ibrahim, 2022)

O conceito formulado tem como base o artigo 194 da Constituição Federal que inclui a previdência, a assistência e a saúde como integrantes da seguridade social. Essa rede protetiva, ou ações integradas, conforme dispõe o texto constitucional demonstra que a responsabilidade é do Estado e da sociedade para que possa proporcionar a sobrevivência de pessoas carentes e dos trabalhadores no que se refere a manutenção de uma vida digna. A proteção à pessoa idosa, portanto, está inserida no conceito de seguridade.

A seguridade é composta por um tripé, representado pela previdência, assistência social e a saúde, e por isso os benefícios são direcionados à população trabalhadora, bem como àqueles que não possuem condições financeiras de contribuir para com o INSS, a exemplo das pessoas portadoras de deficiência e idosas. A assistência social está prevista no artigo 194 da Constituição Federal e por isso deve ser efetivada. Afirmar-se que

[...] A Assistência Social é espécie do gênero “Seguridade Social e tem área de ação definida na constituição federal. É preciso parar de transgredir a constituição e levá-la a sério. Ela não é elixir de pobre. Ela é a proteção básica e especial; ela tem especificidade que a distingue, o que não a aparta das necessárias relações com as demais políticas sociais e econômicas. Assistência social é ato de direito e não ato de vontade ou liberdade (Sposati, 2011, p. 89)

A assistência social, como um dos pilares da seguridade social tem como objetivo promover a inclusão social, por meio de um salário mínimo daqueles que apresentam-se vulnerabilizados, seja pela idade avançada ou pela deficiência, e portanto, impossibilitados de prover sua subsistência ou de tê-la provida por terceiros. É um modo de se concretizar os valores constitucionais, na diminuição da desigualdade e pobreza, bem como de assistência aos desamparados.

A seguridade, como proteção social, tem como objetivo a promoção do bem-estar e justiça social, na diminuição de desigualdades. Faz com que o homem seja integrado à vida comum pois é “um bem que subordina o homem à sociedade, como ser social, mas também um bem que respeita o homem dotado de espiritualidade” (Horvath, 2022). Essa reflexão condiciona a sociedade a se embasar em valores morais na condução da vida social, e no cuidado mútuo, principalmente no que se refere aos cuidados com a população idosa vulnerabilizada.

O termo vulnerabilidade é empregado na discussão de fenômenos sociais e o envelhecimento é um desses fenômenos, que carece de preocupações, tanto estatal, quanto em relação à sociedade, principalmente no Brasil, em razão das desigualdades sociais, em especial o não acesso à renda, e “vulnerabilidade, portanto, em linhas gerais, seria o produto, o resultado social da cicatriz da desigualdade, do desamparo público, da ausência do Estado, que acabam por criar riscos e desarmar defesas” (Costenaro, 2022, p. 186).

Ao abordar questões relacionadas à evolução na área social na cobertura em face de infortúnios, o Brasil é considerado um país de modernidade tardia. Afirma-se que o Brasil chegou à fase da pós- modernidade, sem ter sido liberal ou moderno, em razão das desigualdades sociais e longe de ter efetivado os direitos sociais constitucionais (Cambi, 2023).

A luta pela manutenção de direitos sociais previstos na Constituição Federal é tema de debate, principalmente no que se refere ao benefício de prestação continuada, que já foi objeto de proposta de reforma constitucional, para elevar a idade de concessão do benefício para 70 (setenta) anos, ao invés de 65 (sessenta e cinco) anos, tema que foi rejeitado na proposta de emenda constitucional 103/2019.

Assim, o debate acerca da importância do benefício assistencial à pessoa idosa é relevante, sob seu viés inclusivo e como forma de se efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois privar a pessoa idosa de um benefício que lhe garanta o mínimo para a subsistência é afrontar a Constituição Federal em sua essência.

2. O AMPARO ASSISTENCIAL À PESSOA IDOSA EM UMA PERSPECTIVA SOCIAL E INCLUSIVA

Os benefícios assistenciais são considerados como direitos fundamentais, a conceder proteção à pessoa idosa e ao deficiente, já que a Magna Carta prevê que os direitos sociais protegem as pessoas durante toda a sua vida, inclusive na velhice.

A exclusão de parcela da população ao acesso a benefícios assistenciais, principalmente os destinados às pessoas idosas, chama atenção ao direito à proteção a essas minorias, e a construção de proteção que abranja a todas as pessoas, como resultado da construção de uma sociedade pautada em valores igualitários, “a partir do qual nos consideramos uns aos outros como membros de uma comunidade inclusiva, que não exclui ninguém” (Habermas, 2004). Nessa perspectiva, as pessoas idosas devem ser protegidas em face das contingências da vida, como necessidades alimentares, medicamentos e para isso necessitam de uma renda para que possam prover sua subsistência.

A assistência social, conforme previsão constitucional obriga o Estado a promover ações sociais de modo positivo, ou seja “Ela não se propõe a fazer assistência social com absentismo, mas sim com a presença forte e eficiente do Estado na consolidação de direitos” (Sposati, 2011, p. 92). Por isso a concessão do benefício assistencial destinado à pessoa idosa é decorrente de uma ação interventiva do Estado apta a promover a inclusão social da pessoa idosa e efetivação da dignidade e cidadania. Nessa toada, afirma-se que

O campo dos direitos humanos a que a assistência social se filia significa que ela não opera só com o direito individual de liberdade, mas com o direito peculiar a grupos, categorias, segmentos- vítimas coletivas- na direção do direito à Segurança Social. São novas categorias de direitos cujo fundamento está na solidariedade de cidadania. (Sposati, 2011, p. 92)

A concessão dos benefícios assistenciais se relacionam com a efetivação dos direitos sociais relacionados a proteção de grupos vulnerabilizados, que também tem direito constitucional à segurança social. Esse pensamento de proteção a grupos estigmatizados faz com que a proteção social seja ampla e ninguém seja excluído, principalmente a pessoa idosa que durante toda a sua vida foi produtiva, mas que ao alcançar a idade avançada não satisfaz os requisitos para a concessão de uma aposentadoria. O amparo assistência em razão da idade se revela como último recurso para a subsistência nesse caso.

A privação de necessidades básicas, como educação, independência econômica, acarretam sentimento de solidão, discriminação e elevam os riscos de morte precoce e adoecimento de pessoas idosas (Cambi; Porto; Fachin; 2022), e nessa perspectiva inclusiva, o benefício assistencial é uma política pública de proteção social para esse grupo vulnerabilizado em razão de múltiplos aspectos.

As pessoas idosas, bem como outros grupos excluídos da proteção social, sofrem de diversas humilhações, pois dependerão de outros para que auxiliem na sua sobrevivência o que faz aumentar a desigualdade social no Brasil. Esse processo faz com que a pessoa idosa seja alvo de

discriminação, seja na obtenção de crédito, abertura de crediário, ou para que seja vista como um ator social competente e com respeito social (Moreira, 2020). A discriminação é observada por estereótipos e pelas relações assimétricas, pois a

A discriminação é um ato que expressa desrespeito ou desprezo por outra pessoa, sendo que tal possibilidade ocorre em função de estereótipos negativos, mas também porque existem relações assimétricas de poder entre os grupos nos quais as pessoas envolvidas em um ato de discriminação pertencem. Por esse motivo, o tratamento desfavorável significa não apenas desagradar, mas também subordinar porque reproduz situações responsáveis pela estratificação social. (Moreira, 2020, p. 395)

A discriminação, fruto da estigmatização de grupos sociais, também se justifica pela subordinação desses grupos que estão segmentados em classes sociais com pouco ou nenhum poder econômico. É o que ocorre com a pessoa idosa, privada de um salário mínimo, pois sofre múltiplas discriminações, pelo declínio da idade, pobreza, racial, em razão do sexo e outros fatores que diminuem a estima social desse grupo. Nesse caso, “a dignidade da pessoa humana é atingida duplamente: não apenas a do excluído, mas também a daquele que não enxerga o seu próprio semelhante ou que aceita a sua exclusão” (Carvalho, 2012).

Kasmierczak (2010), ao analisar aspectos que originam a exclusão social, explica que eles não advém tão somente de situação de pobreza, mas de uma situação de não ter acesso às necessidades básicas humanas, como por exemplo, o direito à seguridade. Nesse sentido, com base no pensamento de Pochmann (2004), Kazmierczak ao discorrer sobre a exclusão social, aduz que no cenário brasileiro atual coexistem a “velha” e a “nova” exclusão, sendo que a primeira incluía imigrantes, mulheres, família numerosa e negros. A Nova exclusão abrange jovens com escolaridade avançada, pessoas com mais de quarenta anos, homens negros e famílias monoparentais. Nesse cenário, se constata o aumento do contingente de pessoas afetadas pela exclusão social no Brasil, sendo que pessoas idosas são afetadas pelo não acesso a benefício previdenciário e por isso outras exclusões acabam por afetá-las.

O benefício assistencial à pessoa idosa tem o objetivo de amenizar a situação de exclusão socioeconômica da pessoa com idade avançada, para a preservação da dignidade humana e a prover os mínimos sociais, como necessidades alimentares, acesso a saúde, habitação e outras necessidades básicas.

O benefício assistencial possui caráter alimentar, assim como processos de concessão de aposentadoria. “[...]O que se busca com a concessão de um benefício previdenciário ou assistencial ao idoso é a sua subsistência com dignidade. Muitas das vezes é justamente o alimento e o teto que dependem da decisão judicial[.]” (Steffen, 2022, p. 209). No requerimento de um benefício estão incluídas necessidades urgentes, cuja negativa podem causar efeitos irremediáveis na vida da pessoa idosa, como a manutenção da própria sobrevivência.

Privar a pessoa idosa do acesso ao benefício assistencial é o mesmo que negar-lhe o direito de prover a sua subsistência, pois esse benefício assiste àqueles excluídos da proteção previdenciária, que não podem prover suas necessidades ou de tê-las supridas por terceiros, nesse viés

A correta aplicação da legislação brasileira e os investimentos necessários para assegurar a eficácia dos direitos humanos dos idosos devem estar voltados à promoção da vida digna, posto que o processo de envelhecer com dignidade também deve ser reconhecido como um direito fundamental da pessoa humana (Cambi; Porto; Fachin; 2022, p. 346)

A pessoa idosa possui o direito fundamental ao envelhecimento saudável, e para isso a o benefício assistencial se apresenta como uma alternativa no caso em que a pessoa idosa não cumpriu os requisitos para a concessão de um benefício previdenciário. Por isso é necessária a correta aplicação da lei de modo que não haja interpretações extensivas de modo a restringir a concessão do benefício de prestação continuada a quem necessita.

3. O AMPARO ASSISTENCIAL À PESSOA IDOSA E O CONCEITO DE FAMÍLIA ESPECIFICADO PELA LEI 8.742/93

A proteção à pessoa idosa deve ser defendida em múltiplos aspectos e em especial na concessão de um valor mínimo para sua subsistência. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o direito ao mínimo existencial são respeitados quando o Estado se preocupa com a efetivação do direito fundamental do direito social consistente na prestação no valor de um salário mínimo a pessoas idosa em situação de miserabilidade, dentro do conceito de família estabelecido pela lei.

A realidade brasileira mostra que as configurações familiares de baixa renda muitas vezes não favorecem o direito da pessoa idosa, pois embora o núcleo familiar seja plural, não possuem condições financeiras de suprir a necessidade e cuidados necessários com a pessoa idosa que integra aquele núcleo e por isso o Estado é instado a prover com os mínimos sociais. Nesse contexto é bom ressaltar que

De qualquer modo, deixar o cuidado dos idosos exclusivamente com as famílias também não é possível, visto que existe a intimidade e particularidade de cada família podendo inclusive ser uma dinâmica disfuncional e prejudicial para os idosos. A fiscalização e muitas vezes a intervenção do Estado é necessária. (Ribeiro, Lauá; 2022, p. 81)

A pessoa idosa inserida em determinados contextos familiares deve ser protegida pelo Estado, devido a situação de vulnerabilidade social e econômica que podem trazer prejuízos à sua personalidade, principalmente quando a pessoa idosa não tem condições de prover seu sustento. Nessas linhas “A proteção dada ao idoso não o exclui das decisões da vida, mas dão suporte no que for necessário para tal” (Ribeiro; Lauá, 2022, p. 70).

O Estatuto da Pessoa Idosa é um importante instrumento na defesa dos direitos da personalidade da pessoa idosa. Nos artigos 8, 9 e 10 foram elencados direitos tidos como fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, ao respeito e à dignidade, e o artigo 8º trata da proteção ao envelhecimento como um direito personalíssimo. Essa classificação autoriza a pessoa idosa a tomar providências legais para coibir violações à manutenção de uma velhice digna. Trata-se de um direito social, e direcionado para aqueles que estão em situação de vulnerabilidade, e em face de violações, o Estado deve estar pronto para amparar a pessoa idosa, para a concretização de suas necessidades (Moraes; Neto, 2021)

Todas as pessoas possuem dignidade humana, e no conceito de dignidade, os seres humanos têm o direito de serem levados a sério como pessoa, no sentido de que a dignidade humana reclama o direito à concretização dos direitos sociais. (Alexy, 2015). A pessoa humana deve ter efetivados os direitos previstos na Constituição Federal, e a concessão de um benefício mínimo quando atinge a idade de 65 (sessenta e cinco) anos é uma medida apta para a proteção de necessidades básicas da pessoa idosa, e, portanto deve-se levar a sério os direitos decorrentes de sua personalidade, representados por uma existência digna, com a recursos para suprir suas necessidades básicas.

Na análise da concessão do benefício assistencial à pessoa idosa, deve ser analisado o princípio da dignidade da pessoa humana, que visa proteger os direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O direito às prestações requer uma postura ativa do Estado, para que ele possa garantir às pessoas benefícios de caráter jurídico e material (Sarlet, 2012). Explica o autor que os direitos fundamentais a prestações integram os direitos de segunda geração. Logo, os direitos fundamentais, ainda que por muitos autores sejam denominados por gerações, não se excluem, mas se revelam como conquistas e o Estado deve ser o garantidor dos direitos alcançados pelas pessoas.

Ainda sobre o caráter prestacional dos direitos sociais, tem como finalidade assegurar necessidades de ordem material e também a eficácia de uma vida com dignidade, bem como um mínimo existencial, no sentido de que a dignidade possa ser entendida como uma vida boa, e não somente como a garantia de um mínimo vital. A pobreza é dos meios de se ofender a dignidade, pela exclusão social, além de se apresentar como déficit da autodeterminação (Sarlet, 2011). Nessa toada, as pessoas idosas que não possuem renda alguma, devem ser amparadas pelo Estado, pois estão situadas em uma situação de vulnerabilidade social, dado à intersecção de dificuldades, como a idade avançada e o não acesso à renda, que podem dificultar a sua própria subsistência, e aqui pode se verificar que ao invés de “uma vida boa”, a pessoa sequer tem direito à uma existência digna.

O artigo 194 da Constituição Federal dispõe que a assistência social está inserida no contexto da seguridade. Nesse sentido, é necessário trazer à baila, a definição de assistência social feita por Amado (2020), explica que a assistência social é uma prestação estatal para a efetivação da dignidade humana, quando não for possível à pessoa enquadrar-se na proteção previdenciária. A preocupação com a assistência social é uma marca do texto constitucional, pois protege não somente aqueles que contribuem com o sistema, mas também aqueles que não tiveram condição de contribuir, ou que ao atingirem a idade de 65 (sessenta e cinco anos), ou portarem deficiência, se enquadrarem nos critérios exigidos pela legislação, por se encontrarem em situação de miserabilidade social.

Logo, Martins (2020) aduz que o amparo assistencial não representa um acréscimo de renda, mas como uma fonte de subsistência. Isso porque os benefícios assistenciais são utilizados para suprir necessidades alimentares e o pagamento de medicamentos, como aquisição de vestuários, que são necessários para se viver com dignidade.

Para que a pessoa idosa faça jus ao benefício de prestação continuada, a lei estabelece um conceito de família descrito no artigo 20, §1º da Lei 8.742/93 (o cônjuge ou companheiro, os pais e na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam no mesmo teto). No mesmo sentido, essa informação pode ser encontrada também no site do Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome, com a ressalva de que pessoas diversas das elencadas nesse rol que não possuam vínculo com o beneficiário do BPC, ainda que vivam sob o mesmo teto, devem ser desconsideradas para fins de cálculo de renda per capita familiar (Brasil, 2024).

O artigo 20, §1º da Lei 8.742/93 deve ser considerado em seu sentido restrito pelo fato de que o contexto familiar brasileiro se revela heterogêneo, com distintas configurações, o que pode prejudicar o direito da pessoa idosa quando inserida em núcleo familiar dessa natureza. A interpretação acerca da composição do núcleo familiar deve ser interpretada do modo mais restrito, de acordo com a lei, de modo que não traga prejuízos à concessão do benefício para a pessoa idosa.

Com relação às pessoas não elencadas no artigo 20, parágrafo §1º da Lei 8.743/93, a Turma Nacional de Uniformização tem entendimento firmado no sentido de que o rol de família definido pelo artigo 20, da Lei 8742/93, é taxativo, conforme PEDILEF 00536973820094013400 (Amado, 2020, p. 40). Observa-se nesse caso que a lei é clara ao definir quem são os integrantes do núcleo familiar, elencando um a um, como o cônjuge, companheiro, os pais, irmãos solteiros e filhos, mas mesmo assim ainda o Judiciário é instado a se manifestar na interpretação do artigo.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o processo REsp 1741057/SP, em 11/06/2019 entendeu que o conceito de família para a análise do benefício assistencial, seja para

pessoas idosas ou pessoas com deficiência deve incluir somente as pessoas que compartilham do mesmo teto que aquele que esteja em vulnerabilidade social, ao não considerar os argumentos do Instituto Nacional do Seguro Social de que a responsabilidade em prestar alimentos aos pais é considerada primária e a do Estado, subsidiária.

Importante mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, na edição 208 de setor Jurisprudência em Tese, formulou o entendimento de que “Para a concessão do benefício da assistência social à pessoa com deficiência, deve ser excluído do conceito de renda mensal per capita o valor auferido pelas pessoas que não sejam legalmente responsáveis por sua manutenção socioeconômica, ainda que residam sob o mesmo teto”. Nessa toada, o mesmo entendimento deve prevalecer para as pessoas idosas, já que a decisão proferida no processo REsp 1727922 / SP, a qual fundamenta a tese inscrita no STJ, também faz menção às pessoas idosas, já que o critério de renda se refere às duas modalidades de benefícios.

No tópico 05 da edição 208 da Publicação Jurisprudência em Tese, há a previsão no que se refere à exclusão do valor recebido por familiares que integram outro núcleo familiar, em virtude de casamento ou união estável, ainda que residam sob o mesmo teto.

Ibrahim (2022), explica que qualquer intento na ampliação do conceito de família configura ofensa à uma proteção imposta pela Constituição.

Não obstante, existem entendimentos que ampliam esse conceito, no sentido de desobrigar o Estado do dever da proteção assistencial, em afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial. Devem ser refutados tais entendimentos, por meio de recursos para a preservação do direito da pessoa idosa a obter acesso ao benefício assistencial, pois esse benefício se revela como ultima alternativa para ter provida sua subsistência, pois pelo que se verificou, ele é concedido quando a pessoa não cumpriu os requisitos para a concessão dos benefícios previdenciários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa demonstrou a importância do benefício assistencial à pessoa idosa, por cumprir papel relevante à sobrevivência desse grupo quando em situação de vulnerabilidade, e como último recurso para a subsistência quando a pessoa não consegue comprovar os requisitos necessários para a concessão de um benefício previdenciário.

O Estado deve se preocupar com a inclusão social para a materialização da dignidade da pessoa humana, e considerá-la como um fim em si mesma, e sobretudo cumprir princípio fundamental pautado na dignidade da pessoa humana, para a preservação dos mínimos sociais. Para isso, a concessão de uma renda mensal à pessoa idosa, é um mecanismo de combate à pobreza, e a

proteção dos direitos da personalidade da pessoa idosa, em especial a dignidade humana.

Foram tecidas observações sobre o conceito de família estabelecido pelo artigo 20, § 1º da lei orgânica da assistência social, cujo núcleo familiar deve ser interpretado de modo restritivo de modo a não prejudicar o direito à concessão ao benefício assistencial à pessoa idosa, em vista sua situação de vulnerabilidade social, diante de determinado contexto familiar a qual está inserida.

A lei orgânica da assistência social elenca de forma taxativa quais são os integrantes do grupo familiar da pessoa idosa, logo a legislação deve ser respeitada, como também o entendimento jurisprudencial do STJ. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na edição 208, apresenta a tese no mesmo sentido, de que esse rol previsto legalmente deve ser mantido, o que se afasta qualquer interpretação contrária.

Desse modo, o benefício assistencial devido à pessoa idosa deve ser entendido como um benefício essencial à preservação de sua dignidade, já que na observação do caso em concreto se trata do último recurso que a pessoa idosa pode se valer para a prover a sua subsistência.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA. Alexandre de Oliveira et al. **Estatuto do Idoso: comentários à Lei 10.741/2003**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

ALEXY, Robert. Org: ALEXY, R; BAEZ, N. L. X.; SILVA. R. L. N. da. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

AMADO. Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**- 12 ed.rev, ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 nov. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Benefício de Prestação Continuada (BPC): Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Publicado em 25/11/2019 e atualizado em 23/09/2024. Disponível em <https://www.gov.br/mds/pt-br/acoes-e-programas/suas/beneficios-assistenciais/beneficio-assistencial-ao-idoso-e-a-pessoa-com-deficiencia-bpc>. Acesso em 09 jul. 2025

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses, edição 208 Dos direitos da pessoa com deficiência. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?tipo=JT&livre=BPC+CONCEITO+DE+FAMILIA&b=TEMA&tp=T>. Acesso em 08 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Processo 1727922. Relator Ministro Francisco Falcão. Brasília: 19 de março de 2019. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271727922%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271727922%27)+ou+(%27REsp%27+adj+)

%271727922%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em 01 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Processo 1741057. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília: 11 de junho de 2019. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 11 dez. 2023.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade; FACHIN; Melina Girardi. **Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis**. São Paulo: Almedina, 2022.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: D'Plácido, 2023.

CARVALHO, José Raimundo de; SILVA, Bruno Miola da. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à inclusão social**. In: Direitos Humanos: um olhar sob o viés da inclusão social. Coord. SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Birigui, SP: Boreal Editora, 2012.

COSTENARO, Veruska. A vulnerabilidade financeira do idoso aposentado e/ou pensionista do INSS. In: **A proteção Social, Previdenciária, Trabalhista Civil do Idoso**. Coord. MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira, XAVIER, Juliana de Oliveira; HORVATH Junior, Miguel. Campo Grande: Contemplar, 2022.

HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal; tradução Karina Jannini; revisão de tradução Eurides Avance de Souza- São Paulo: Martins Fontes, 2004.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 27. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2022.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito Penal Constitucional e Exclusão Social**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Guilherme Peña de; OLIVEIRA NETO, Hélio Nascimento. **ARTS. 1º AO 10. In Estatuto do Idoso: comentários à Lei 10.741/2003**. ALCÂNTARA. Alexandre de Oliveira et al Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988- Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier; LAÚA, Carolina Alves Correa. Proteção Social ao Idoso. In: **A proteção Social, Previdenciária, Trabalhista Civil do Idoso**. Coord. MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira, XAVIER, Juliana de Oliveira; HORVATH Junior, Miguel. Campo Grande: Contemplar, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. rev. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SPOSATI, Aldaíza. A menina LOAS: um processo de construção da Assistência Social. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

STEFFEN, Janaína Helena. O processo judicial previdenciário e o direito dos idosos. *In: A proteção Social, Previdenciária, Trabalhista Civil do Idoso.* Coord. MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira, XAVIER, Juliana de Oliveira; HORVATH Junior, Miguel. Campo Grande: Contemplar, 2022.

O AVANÇO TECNOLÓGICO E A INTIMAÇÃO ELETRÔNICA NOS TABELIONATOS DE PROTESTO

Gabriella Schmitz KREMER¹

Jéssica Amanda FACHIN²

Matheus Petry TRAJANO³

RESUMO

O problema de pesquisa se centra em verificar se a intimação eletrônica no Tabelionato de Protesto permite maior agilidade e efetivação da intimação pessoal. Os objetivos do trabalho são: 1) apontar a evolução tecnológica dos Tabelionatos de Protesto, em especial a intimação pessoal e; 2) a utilização da intimação eletrônica como forma de agilidade e efetivação da intimação pessoal, oportunizando ao devedor o pagamento do débito previamente ao protesto. A metodologia adotada foi a análise qualitativa do histórico dos tabelionatos de protesto, da ampliação do protesto extrajudicial com a consequente recuperação de crédito, as formas de intimação do devedor para pagamento e a utilização da intimação eletrônica, decorrentes do avanço tecnológico. A justificativa para a escolha do tema é a relevância dos tabelionatos de protesto como instituições essenciais para a transparência e o equilíbrio entre os interesses de credores e devedores, com desafogamento do Judiciário, sendo meio efetivo de recuperação de crédito, o que vem se aperfeiçoando, ainda mais, com a utilização de ferramentas digitais, dentre elas a intimação em sua forma eletrônica. Em conclusão, o artigo destaca a capacidade dos tabelionatos de protesto de se reinventarem ao longo dos anos, adequando-se as novas tecnologias e as utilizando em prol da melhor eficiência do serviço, como no caso da utilização da intimação em sua forma eletrônica, modalidade pessoal utilizada em detrimento da intimação editalícia, gerando, com isso, maior segurança jurídica e probabilidade de recuperação do crédito.

PALAVRAS-CHAVE: Tabelionatos de Protesto. Avanço Tecnológico. Intimação Eletrônica.

ABSTRACT

The research problem focuses on verifying whether electronic summons at the Notary Public Office allows for greater agility and effectiveness of personal summons. The objectives of this study are: 1) to highlight the technological evolution of Protest Notary Offices, especially personal summonses; and 2) the use of electronic summonses as a means of streamlining and improving the effectiveness of personal summonses, giving debtors the opportunity to pay their debts prior to protest. The methodology adopted was a qualitative analysis of the history of protest notary offices, the expansion of extrajudicial protest with the consequent recovery of credit, the forms of summons of the debtor for payment, and the use of electronic summons, resulting from technological advances. The justification for choosing this topic is the relevance of protest notary offices as essential institutions for transparency and balance between the interests of creditors and debtors, relieving the judiciary and providing an effective means of credit recovery, which has been further

1 Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologia das Faculdades Londrina. Especialista em Direito Público pela LEGALE. Especialista em Direito Constitucional pela UNIVALI. Graduada em Direito pela UNIVALI. Tabela de Protesto no Estado de Minas Gerais.

2 Em Estágio Pós-doutoral na Universidade de Brasília (UnB). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em ciência jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora na Universidade de Brasília e no Programa de Mestrado Profissional "Direito, Sociedade e Tecnologia" na Escola de Direito das Faculdades Londrina. Advogada.

3 Mestrado em Direito, Sociedade e Tecnologias - Faculdades Londrina. Especialização em Direito Penal e Processual Penal - Escola do MPSC/UNIVALI. Especialização em Compliance Anticorrupção: Prevenção e Repreensão à Corrupção UNESA. Graduação em Direito – UNIVALI. Registrador e Tabelião no Estado de Santa Catarina.

improved with the use of digital tools, including electronic summons. In conclusion, the article highlights the ability of protest registries to reinvent themselves over the years, adapting to new technologies and using them to improve service efficiency, as in the case of the use of electronic summons, a personal method used in lieu of public summons, thereby generating greater legal certainty and the likelihood of credit recovery.

KEYWORDS: Protest Notary Offices. Technological Advancement. Electronic Summons.

INTRODUÇÃO

Os tabelionatos de protesto desempenham papel essencial no ordenamento jurídico, configurando-se como um instrumento indispensável naquilo que concerne à recuperação de créditos e, conseqüentemente, à segurança jurídica nas relações econômicas.

Verifica-se sua importância especialmente da sua capacidade de documentar de forma oficial e pública a inadimplência, conferindo transparência e confiabilidade às interações entre credores e devedores.

Ao longo da história, essa instituição adaptou-se às transformações sociais e econômicas, mas sempre observando os princípios regentes, especialmente a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

O protesto se consolidou como pilar das transações financeiras e elemento regulador do mercado, com ampliação dos títulos objetos do protesto extrajudicial, diante do visível efeito benéfico, além do efeito de desafogamento do Judiciário.

Hodiernamente, diante do avanço tecnológico, os tabelionatos de protesto permanecem firmes na sua função de recuperação de ativos de forma eficiente, mas, além disso, a função tem sido realizada de forma mais ampla, ágil e prática, por meio da aplicação dos avanços tecnológicos, dentre eles a possibilidade de intimação do devedor de forma eletrônica.

O presente artigo procura analisar, de forma abrangente, a aplicação da intimação eletrônica do devedor, decorrente do avanço tecnológico. Para tanto, o texto está estruturado em três tópicos principais.

Inicialmente, de forma breve, no primeiro tópico, abordam-se a trajetória histórica dos tabelionatos de protesto - demonstrando que, embora de origem remota, permanece como instituição contemporânea e adequada às necessidades da atualidade; bem como a conceituação do protesto extrajudicial, apontando sua previsão legal expressa e o rol não taxativo de títulos passíveis de protesto.

Ainda, no mesmo ponto, a ampliação do protesto extrajudicial ao longo dos anos e o papel essencial que exercem os Tabelionatos de Protesto na economia, por meio da recuperação de crédito, de forma exitosa e eficiente.

O segundo tópico é destinado ao estudo do procedimento do protesto extrajudicial, com conceituação de seus principais atos: protocolização, desistência, liquidação, lavratura e registro do protesto, cancelamento e, especialmente, a intimação e suas formas de efetivação.

Finalmente, o tópico central analisa o instituto da intimação eletrônica e como o avanço tecnológico foi benéfico ao protesto, com a implementação dessa modalidade de intimação eletrônica, tornando-se o procedimento ainda mais dinâmico, eficiente e ágil.

A escolha do tema é justificada pela importância da evolução dos Tabelionatos de Protesto com a evolução da tecnologia. Denota-se sua capacidade de equilibrar as necessidades de credores e devedores e a transparência e agilidade nas relações de mercado.

Em síntese, o artigo destaca a capacidade dos tabelionatos de protesto de se reinventarem ao longo dos anos, adequando-se à realidade e aos avanços tecnológicos, respondendo às demandas sociais e econômicas em constante evolução, mantendo-se sua função e objetivo, inclusive de forma mais competente por meio do uso das formas eletrônicas, tal como a intimação.

1. O PROTESTO EXTRAJUDICIAL: HISTÓRICO, CONCEITO, AMPLIAÇÃO E INSTRUMENTO DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO

Os tabelionatos de protesto remontam de longa data, tendo surgido como uma resposta à necessidade de formalização e segurança nas transações comerciais em um mundo em constante transformação. A trajetória histórica do protesto revela uma constante adaptação às mudanças econômicas e sociais, demonstrando o seu papel indispensável na segurança jurídica, bem como para o equilíbrio das relações econômicas.

O protesto extrajudicial tem origens medievais, quando se fez necessário mecanismos formais para documentar inadimplências e garantir a confiança entre as partes. Apura-se que o protesto nasceu decorrente da figura do aceite na letra de câmbio, de modo a suprir sua falta, mas com a evolução passou a testificar o descumprimento de obrigações cambiárias (Bueno, 2023, p. 8).

Tem-se na história, que o primeiro registro oficial de um protesto foi realizado em 14 de novembro de 1384, em Gênova, na Itália, onde o notário Therano de Magiolo documentou a recusa de pagamento de uma letra de câmbio (Brochado, 2010, p. 2). Com a formalização do ato, teve-se maior segurança aos credores, incentivando, com isso, o crescimento do comércio.

Já no Brasil, as Ordenações Filipinas estabeleceram as bases legais para a organização dos tabelionatos, regulamentando a criação e funcionamento dessas instituições.

O primeiro tabelionato foi criado no Brasil no ano de 1565, na cidade do Rio de Janeiro. Já no ano de 1827 foi criado, na Bahia, o primeiro Tabelionato de Protesto, por meio do Decreto Republicano nº 135, de 1890, estabelecendo a criação da função de oficial privativo dos protestos

de letras de câmbio na capital federal (Chini, 2023, p. 24).

A atividade permaneceu regulada pelas Ordenações Filipinas mesmo após a edição do Código Civil de 1916, com pequenas modificações trazidas por este diploma legal. O Código Comercial de 1850 também tratou do protesto, sendo seguido pela Lei Saraiva que trouxe maior tecnicidade. Ainda, como marco fundamental do protesto, temos a Lei Uniforme de Genebra, com adesão do Brasil no ano de 1942, e a Lei de Duplicatas – Lei 5.474 de 1968 (Chini, 2023, p. 24).

Posteriormente, tem-se a edição da Lei nº 9.492 de 1997, que é tida como um marco na regulamentação da atividade, consolidando normas sobre protestos extrajudiciais e assegurando maior eficiência e segurança jurídica (Pagani, 2023, p. 16), reforçando a relevância dos tabelionatos como instituições públicas delegadas.

Cediço que o protesto extrajudicial constitui atribuição exclusiva do Tabelião de Protesto, por força do comando previsto no art. 11, da Lei nº 8.935/1994 – que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.

A Lei nº 9.492 de 1997 traz de forma expressa o conceito de protesto, em seu art. 1º: “protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida” (Brasil, Lei 9.492/97).

É tido por ato formal, pois segue forma predeterminada em lei e solene, uma vez que realizado após a prática de outros atos exigidos que o precedem (Debs, 2018, p. 1.462).

Pode-se afirmar que o protesto de títulos e documentos de dívidas busca dar publicidade ao inadimplemento e, com isso, constituir prova, com segurança jurídica, do não cumprimento contratual (Kümpel; Ferrari; Silva, 2024, p. 11), gerando abalo no crédito do devedor.

O conceito trazido na legislação, ampliou para constar como passível de protesto extrajudicial expressamente os documentos de dívida, não se limitando o protesto apenas aos títulos de crédito, como originalmente na história.

Contudo, a lei não define ao certo o conceito dos documentos de dívida, deixando para doutrina e jurisprudência, as vezes também aos Estados, por meio da Corregedoria-Geral da Justiça, esse papel (Bueno, 2023, p. 13), ampliando o respectivo rol, que não é exaustivo.

Verifica-se que ao longo dos anos, há constante ampliação na definição do que seriam os “documentos de dívida”. A doutrina e jurisprudência têm apontado expressamente, além dos contratos em geral, alguns contratos específicos, com suas peculiaridades, tais como o contrato de locação, o contrato de honorários advocatícios e os encargos condominiais.

Igualmente, passível de protesto os termos de ajustamento de conduta, firmados entre particulares com órgãos públicos, para ajustar condutas contrárias à Lei. E, ainda, as escrituras públicas, que nada mais são que contratos revestidos da forma pública.

O Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade de protesto de certidões de dívidas judiciais: no art. 517 traz o protesto da decisão judicial transitada em julgado em que decorrido o prazo para pagamento voluntário da obrigação; no art. 528, §3º, prevê o protesto da obrigação alimentar, mesmo que provisória, caso o executado não faça o pagamento e nem apresente justificativa, protesto este inclusive realizado de ofício pelo Juiz.

As certidões de dívida ativa, embora já se enquadrassem no conceito, diante da divergência, tem previsão expressa na Lei 9.492 de 1997, por meio da alteração introduzida pela Lei nº 12.767 de 2012, inclusive com dispositivo já declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil, ADI nº 5135).

Na atualidade, tem-se que outros documentos de dívida seriam qualquer documento com liquidez, certeza e exigibilidade (Oliveira, 2024, p. 27-28). Sendo que, a certeza decorre da formalidade do título, que retrata uma obrigação certa, sua natureza, seu objeto e sujeitos; a liquidez é o quanto devido ou elementos que por simples cálculo permitam-se chegar no valor devido; por fim, a exigibilidade é a eficácia atual do crédito, seu vencimento e inexistência de termo ou condição (Debs, 2018, p. 1.468).

A ampliação do rol de títulos passíveis de protesto vai ao encontro dos anseios da economia: a recuperação de crédito. O protesto extrajudicial é tido, no Brasil, como autêntico meio oficial de recuperação de crédito, prevenindo a instauração de litígios em larga escala e gerando a satisfação do crédito em tempo recorde (Chini, 2023, p. 26).

Durante períodos de instabilidade econômica, como as crises financeiras do século XX, o protesto desempenhou papel crucial na recuperação de créditos, ajudando empresas e indivíduos a reorganizarem suas finanças (Magalhães, 2021, p. 79). Essa atuação destacou a resiliência da instituição diante de cenários adversos.

O protesto de dívidas, ao expor publicamente a inadimplência, funciona como um mecanismo de pressão sobre os devedores, incentivando o cumprimento de obrigações financeiras. Essa prática, ao mesmo tempo em que protege os credores, contribui para a manutenção da ordem econômica.

Ponto de destaque é que, além da recuperação de créditos trazida pelos Tabelionatos de Protesto, a rapidez e agilidade na respectiva recuperação são traços marcantes da atividade.

Ademais, com a recuperação de ativos de forma ágil, previne-se demandas judiciais, desafogando o Judiciário, tudo no fenômeno vivenciado na atualidade da desjudicialização; sem qualquer prejuízo às partes, credores e devedores, pois a atividade notarial e registral é permanentemente objeto de fiscalização pelo Poder Judiciário.

A eficiente recuperação de créditos realizada pelos Tabelionatos de Protesto foi igualmente

reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em dezembro de 2023, ao determinar a extinção das execuções fiscais de baixo valor e exigir o protesto do título previamente ao ajuizamento da demanda executiva pelos entes públicos (Brasil, Tema 1184).

Assim, denota-se que a evolução do protesto extrajudicial demonstra uma capacidade de adaptação às mudanças estruturais, com ampliação de seu objeto, consolidando-se como instrumento indispensável de recuperação de crédito. O procedimento do protesto extrajudicial e suas formas de intimação serão tratadas a seguir.

2. O PROCEDIMENTO DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL E AS FORMAS DE INTIMAÇÃO DO DEVEDOR

A lei vigente consagra expressamente que os Tabelionatos de Protesto devem observar os princípios da autenticidade, publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (Art. 2º, da Lei 9.492/97), demonstrando, com isso, que os princípios fundamentais que sustentam os tabelionatos desde a sua origem, como a segurança jurídica e a transparência, permanecem inalterados.

O procedimento do protesto é realizado exclusivamente pelo Tabelionato de Protesto, especificamente por um Tabelião incumbido de tal função, profissional do direito e dotado de fé-pública, que recebe a delegação para o exercício da atividade, a quem compete privativamente a prática dos atos inerentes ao procedimento do protesto (Art. 3º, da Lei 9.492/97).

O procedimento do protesto, que engloba a protocolização, intimação, liquidação, desistência, lavratura do protesto e eventual cancelamento, é regido pelos princípios da rogação, da celeridade e da formalidade simplificada.

Pela rogação ou instância, o Tabelião para agir precisa ser demandado pelo interessado, com apresentação do título ou documento de dívida, sendo que sua atuação fica restrita aos limites trazidos pelo apresentante (Debs, 2018, p. 1.478).

A celeridade é sinônimo de rapidez e informalismo, com prazos diminutos previsto na legislação e que precisam, necessariamente, serem observados. Já a formalidade simplificada assegura um abrandamento do formalismo no procedimento do protesto, desde que sem risco à segurança jurídica (Kümpel; Ferrari; Silva, 2024, p. 22).

Ao receber uma solicitação de protesto, o primeiro ato a ser praticado é a protocolização, ou seja, receber o determinado título e lança-lo no seu livro de protocolo, com elementos do credor, do devedor e do título. A protocolização deve ocorrer em até 24 (vinte e quatro) horas e seguir a ordem cronológica de apresentação, com disponibilização de recibo ao apresentante (Oliveira, 2024, p. 43-44).

Como regra, a apresentação será diretamente ao Tabelião territorialmente competente,

contudo, em comarcas que haja mais de um tabelionato, deve ser apresentado ao distribuidor (Art. 7º, da Lei 9.492/97), o qual realiza a distribuição equitativa, repassando ao Tabelião competente, uma vez que não é livre a escolha pelo usuário.

Com o título já protocolizado, o Tabelião de Protestos realizará a qualificação, apenas pautada na legalidade, com análise da possibilidade ou não de protestar o título apresentado, conforme os seus requisitos, com base nas normativas atinentes ao título, bem como na verificação da certeza, liquidez e exigibilidade quanto aos documentos de dívida (Chini, 2023, p. 92).

A qualificação é sucinta e, em regra, restrita aos aspectos formais, inclusive a Lei de regência do protesto prevê que não cabe a análise da ocorrência de prescrição ou decadência. Assim, não compete ao Tabelião adentrar no mérito do documento apresentado, nem discutir os elementos intrínsecos (Kümpel; Ferrari; Silva, 2024, p. 49-50).

Havendo óbice, o procedimento será obstado, com nota devolutiva escrita, podendo o usuário, se discordar, requerer suscitação de dúvida ao juiz (Oliveira, 2024, p. 64). Caso contrário, estando regular, prossegue o ato, com a intimação do devedor.

Intimação é o ato pelo qual o Tabelião dá ciência ao devedor da existência do procedimento de protesto solicitado, em relação ao título ou documento de dívida. Conforme previsão legal expressa, “a remessa da intimação poderá ser feita por portador do próprio tabelião, ou por qualquer outro meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção (AR) ou documento equivalente” (Art. 14º, §1º, da Lei 9.492/97).

Constitui a intimação ato obrigatório, seja pelos correios com aviso de recebimento, por intimador do próprio Tabelionato ou empresa especializada e contratada (Chini, 2023, p. 124).

Pacífico que a intimação não precisa necessariamente ser recebida em mãos pelo devedor, sendo suficiente a entrega do aviso no endereço fornecido pelo apresentante do título, o qual é responsável pela indicação do endereço (Debs, 2018, p. 1.478).

Há, ainda, a hipótese de intimação por edital, que constitui modalidade ficta ou presumida, realizada em casos excepcionais, em que a intimação direta do devedor não se faz possível (Kümpel; Ferrari; Silva, 2024, p. 67), trazendo a Lei rol taxativo dos casos em que possível sua aplicação: “a intimação será feita por edital se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, sua localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do Tabelionato”, inclui, ainda, no rol, quando “ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante” (Art. 15, da Lei 9.492/97).

Peculiaridade da intimação verifica-se no caso de protesto para fins falimentares, quando se exige expressamente a indicação da pessoa que a recebeu (Súmula 361, do Superior Tribunal de Justiça).

Ainda quanto à intimação, o Código Nacional de Normas do Extrajudicial traz os requisitos mínimos que devem conter para sua validade:

A intimação deverá conter, ao menos, o nome, CPF ou CNPJ e endereço do devedor, os nomes do credor e do apresentante, com respectivos CPF e/ou CNPJ, elementos de identificação do título ou documento de dívida e o prazo limite para cumprimento da obrigação no Tabelionato, bem como o número do protocolo e o valor a ser pago, exceção à intimação por edital que se limitará a conter o nome e a identificação do devedor (Art. 356, §4º, do Provimento 149 de 2023, do Conselho Nacional de Justiça).

Após a intimação do devedor e durante o seu prazo para pagamento (3 dias úteis), podem ocorrer as seguintes hipóteses: devolução do título por irregularidade, suscitação de dúvida para dirimir dissenso entre o usuário e o Tabelião, sustação por ordem judicial, desistência pelo próprio credor ou apresentante ou pagamento pelo devedor (Bueno, 2023, p. 191).

A desistência, também denominada de retirada, é solicitada dentro do prazo (tríduo legal), e feita pelo credor ou apresentante, de forma escrita, solicitando que o Tabelião interrompa o procedimento do protesto. Os motivos podem ser desde a existência de negociação, o já recebimento do crédito, ou qualquer outro motivo, não sendo necessário que o solicitante aponte a justificativa do pedido (Oliveira, 2024, p. 85-86).

A liquidação é o pagamento do título ou documento de dívida, juntamente com os emolumentos devidos, realizada pelo devedor ou terceiro interessado, ao Tabelionato competente e no prazo legal, necessariamente antes da efetivação do protesto. (Chini, 2023, p. 150).

Decorrido o prazo sem o pagamento, desistência ou outro ato que impeça o prosseguimento, o Tabelião procederá a lavratura e registro do Protesto, com entrega do instrumento e do título ou documento de dívida ao apresentante.

Segundo Chini (2023, p. 29), é essencial para configurar a inadimplência de um título ou documento de dívida, com presunção de definitividade, que ocorra a lavratura do protesto extrajudicial e que o mesmo seja realizado por Tabelião com competência territorial para o ato.

Cediço que a publicidade da inadimplência somente se verifica com os protestos lavrados e não cancelados, por meio da emissão de certidões e informações repassadas aos órgãos de créditos. O abalo no crédito do devedor é decorrência direta da publicidade (Bueno, 2023, p. 45).

Após a lavratura e registro do protesto, é possível a suspensão da publicidade por ordem judicial, situação análoga à sustação, contudo, recebida após efetivação do protesto; bem como o seu cancelamento.

O cancelamento do protesto é feito por meio de averbação e constitui o ato de inibição dos seus efeitos jurídicos, não afetando a lavratura, validade ou existência do protesto. Na grande maioria das vezes ocorre diretamente perante o Tabelião, em decorrência do pagamento ao credor após o protesto, com apresentação da carta de anuência, mas nada impede que seja determinado de

forma judicial (Bueno, 2023, p. 204-205).

Demonstrado, de forma sucinta, o procedimento do protesto, com suas principais características e formas de intimação, na sequência, parte-se à análise da intimação eletrônica.

3. O AVANÇO TECNOLÓGICO E A INTIMAÇÃO ELETRÔNICA

A era digital trouxe transformações profundas no cenário mundial. O avanço tecnológico é tão latente nas relações cotidianas que já se fala em um Constitucionalismo Digital, ou seja, “uma corrente teórica do Direito Constitucional contemporâneo que se organiza a partir de prescrições normativas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço” (Mendes; Fernandes, 2020, p. 10).

É inegável que na atualidade vivemos em uma “Sociedade em Rede”, que pode ser definida como “uma formação social com uma infraestrutura de redes sociais e meios de comunicação que permitam o seu modo principal de organização em todos os níveis (individual, grupal/organizacional e social). Cada vez mais, essas redes permitem vincular todas as unidades ou partes desta formação (indivíduos, grupos e organizações)” (Molinaro; Sarlet, 2013, p.66).

Para Castells, entre as tecnologias da informação devem estar inclusas tecnologias de microeletrônica, computação, telecomunicações, radiofusão e optoeletrônica, sendo que a revolução da tecnologia da informação constitui marco na transição para uma sociedade informacional, onde as redes e o fluxo de informação são elementos centrais (Castells, 2002, p. 67-68).

De forma não diferente, as transformações são constatadas pelos serviços notariais e registrais, atualmente modificando a forma como os tabelionatos de protesto operam. Inovações tecnológicas revolucionaram processos tradicionais, conferindo maior eficiência e acessibilidade ao sistema, tais como os títulos digitais, as centrais eletrônicas e, especificamente, a intimação eletrônica.

No mesmo sentido, com a globalização e a integração de mercados internacionais, os Tabelionatos de Protesto ampliaram seu alcance, adotando práticas mais modernas e adaptadas às demandas do comércio global. A incorporação de tecnologias digitais é um reflexo dessa evolução contínua (Magrani; Oliveira, 2018, p. 12).

A intimação, em sua forma eletrônica, no âmbito dos Tabelionatos de Protesto, foi inicialmente admitida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em 2017, em procedimento de controle administrativo, “justificando-se a autorização então concedida em função de buscar-se agilidade e redução das despesas, aliada à facilidade de consulta oferecida ao devedor” (Chini, 2023, p. 128).

Posteriormente, teve previsão expressa no Provimento nº 87 de 2019, do CNJ, em seu art.

3º, §4º: “O tabelião de protesto poderá utilizar meio eletrônico para a intimação quando autorizado pelo devedor e assim declarado pelo apresentante”.

Durante a Pandemia de Covid, a possibilidade de intimação eletrônica sofreu maior regulamentação, por meio do Provimento nº 97 de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 1º:

Durante a vigência da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPIN), reconhecida pela Portaria n. 188/GM/MS, de 4 de fevereiro de 2020, o Tabelião de Protesto de Títulos ou o responsável interino pelo expediente com a competência territorial definida no §1º, do art. 3º do Provimento n. 87, de 11 de setembro de 2019, da Corregedoria Nacional de Justiça, poderá utilizar meio eletrônico ou aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz para enviar as intimações, quando disponível os respectivos dados ou o endereço eletrônico do devedor, caso em que a intimação será considerada cumprida quando comprovada por esse mesmo meio a entrega no referido endereço.

A exigência de autorização prévia do devedor para intimação eletrônica, com declaração do apresentante neste sentido, foi afastada pela normatização posterior, tudo incorporado no Provimento nº 149 de 2023, do CNJ (Kümpel; Ferrari; Silva, 2024, p. 49-50).

Igualmente, o Enunciado 54 da I Jornada de Direito Notarial e Registral, realizada no ano de 2022, prevê que:

A intimação do devedor por meio eletrônico ou aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas pode ser realizada a pedido do apresentante ou a critério do tabelião, respeitada a competência territorial prevista nos atos normativos do Conselho Nacional de Justiça, observando-se a necessária comprovação de recebimento.

A Lei 9.492 de 1997 foi também alterada, por meio da Lei 14.711 de 2023, para prever expressamente a intimação eletrônica:

O tabelião de protesto poderá utilizar meio eletrônico ou aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz para enviar as intimações, caso em que a intimação será considerada cumprida quando comprovado o seu recebimento por meio de confirmação de recebimento da plataforma eletrônica ou outro meio eletrônico equivalente. (Art. 14, § 3º, da Lei 9.492/97).

Ainda, previu a necessidade de intimação de outra forma, caso sem comprovação do recebimento da intimação eletrônica. Trazendo o dispositivo que “após 3 (três) dias úteis, contados da remessa da intimação na forma do § 3º, sem que haja a comprovação de recebimento, deverá ser providenciada a intimação nos termos dos §§ 1º e 2º deste artigo” (Art. 14, § 4º, da Lei 9.492/97).

Em que pese a previsão expressa em Lei seja do ano de 2023, cediço que já era possível sua efetivação anteriormente, pois as normativas infralegais eram baseadas na disposição genérica “ou por qualquer outro meio”, prevista no dispositivo que regulamenta a intimação (Chini, 2023, p. 129).

Inegável que a possibilidade de intimação em sua modalidade eletrônica constitui uma melhoria na prestação do serviço realizado pelos Tabelionatos de Protesto, decorrente diretamente

do avanço tecnológico, gerando maior rapidez no ato de intimação e consequente celeridade no procedimento de eventual recebimento dos valores pelo credor, ainda, maior transparência ao substituir a intimação editalícia pela eletrônica quando não localizado o devedor em seu endereço físico mas, sim, por meios digitais.

Embora plenamente possível e em vigor em grande parte dos Tabelionatos de Protesto do Brasil, muitas discussões ainda pairam sobre a forma de realização do ato, uma vez que o dispositivo legal estabeleceu “utilizar meio eletrônico ou aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz para enviar as intimações”, assim, não limitou ou exemplificou quais seriam esses meios e plataformas, poderia por simples envio de e-mail ou de WhatsApp? Quais seriam os métodos aplicáveis para identificar com certeza a identidade do destinatário?

Igualmente, embora o dispositivo estabeleça “que a intimação será considerada cumprida quando comprovado o seu recebimento por meio de confirmação de recebimento da plataforma eletrônica”, o tema também é objeto de divergência entre os operadores do Direito, se bastaria, por exemplo, no WhatsApp, o simples “vv” de comprovante de entrega ou se necessária seria a confirmação da visualização com mensagem do usuário.

Ademais, discussão entre os Tabeliães é quanto à responsabilidade pela disponibilização do endereço eletrônico ou telefônico, a busca deveria ser realizada pelos próprios Tabelionatos em plataformas de endereços ou disponibilizados pelo credor?

Ressalta-se igualmente que o respeito à privacidade e as regras insculpidas na Lei Geral de Proteção de Dados constituem um desafio na realização da intimação eletrônica, de modo a verificar com cautela a real identidade do intimando e, assim, não transmitir dados pessoais a terceiros, uma vez que “o ordenamento jurídico brasileiro contempla a proteção da pessoa humana como seu valor máximo e a privacidade como um direito fundamental” (Doneda, 2021, p. 91).

Cediço que a expansão tecnológica da informação e do acesso à internet, possibilitaram o avanço de novas formas comerciais, podendo-se falar em “economia movida a dados”, contudo, embora a utilização em massa dos dados pessoais traga benefícios à atividade econômica, o tratamento dos respectivos dados pode acarretar riscos aos direitos de seu titular (Frazão, 2020, p 58-81).

As indagações, assim como a ampla aplicabilidade do instituto, são recentes e, por isso, ainda pendentes de amplo debate e análise doutrinária e/ou jurisprudencial.

Contudo, o que podemos no momento afirmar com segurança é que o avanço tecnológico no âmbito dos Tabelionatos de Protesto, desde os títulos eletrônicos, advento das centrais e intimação eletrônica, constituem facilitadores para os usuários dos Tabelionatos de Protesto, além de meio ainda mais rápido e eficaz para recuperação de créditos, aprimorando os serviços prestados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho examinou a relevância e a evolução dos tabelionatos de protesto sob várias óticas, destacando, nesse sentido, a sua trajetória histórica, conceituação, a ampliação do seu objeto, seu papel de destaque na recuperação de crédito. Ainda, o procedimento do protesto extrajudicial, com seus institutos, inclusive suas formas de intimação e, principalmente, os benefícios e desafios decorrentes da intimação eletrônica.

No âmbito histórico, os tabelionatos de protesto demonstraram uma notável habilidade em se adaptar às mudanças sociais e econômicas ao longo do tempo, consolidando-se, nesse contexto, como instrumentos essenciais para a segurança jurídica.

Em decorrência da importância desta instituição, os serviços prestados pelos Tabelionatos de Protesto tiveram as suas funções e objetos ampliados no decorrer dos anos, fato que ainda se verifica na atualidade.

Quanto ao procedimento, o mesmo segue os ditames legais, com prazos exíguos e oportunidade do devedor em realizar o pagamento do débito antes da efetivação do protesto.

Inexistente o pagamento, ao registrar oficialmente a inadimplência, dando publicidade, o protesto contribui para a confiança nas transações econômicas, funcionando como um pilar de estabilidade no sistema financeiro, auxiliando na recuperação de crédito.

Verificou-se que com o avanço tecnológico, a intimação do devedor passou a ser possível por meio eletrônico, trazendo a atuação do Protesto de forma ainda mais dinâmica, eficiente e ágil, contudo, enfrentando desafios normais à tecnologia, como a questão da manutenção da privacidade.

Em síntese, os tabelionatos de protesto continuam a ser fundamentais na regulação jurídica e econômica, adaptando-se aos avanços tecnológicos, respondendo às demandas sociais e econômicas em constante evolução.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 54. I Jornada de Direito Notarial e Registral. Brasília, 05 de agosto de 2022. Disponível em: <www.cjf.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 149. Corregedoria. Brasília, 30 de agosto de 2023. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 87. Corregedoria. Brasília, 11 de setembro de 2019. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 97. Corregedoria. Brasília, 27 de abril de 2020. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. **Lei 12.767**. 2012. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. **Lei 13.105**. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. **Lei 13.775**. 2018. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. **Lei 14.711**. 2023. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. **Lei 8.935**. 1994. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. **Lei 9.492**. 1997. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº **361**. 2ª Seção. Brasília, 10 de setembro de 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº **5135/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 09 de novembro de 2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema nº **1184**. Tribunal Pleno. Brasília, 19 de dezembro de 2023. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2025.

BROCHADO, Hilda Keunecke. **A influência do protesto de títulos extrajudiciais como mecanismo de recuperação de créditos**. Centro Universitário Univates, Lajeado/RS. Publicado em: maio/2010. Disponível em: https://www.univates.br/media/graduacao/direito/hilda_trab_cien.pdf. Acesso em: 20 nov. 2024.

BUENO, Sergio Luiz José. **Tabelionato de protesto**. 7. ed. Indaiatuba: Foco, 2023.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CHINI, Alexandre. **O protesto de títulos e outros documentos de dívida: Lei 9.492/1997, comentada, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

DEBS, Martha El. **Legislação Notarial e de Registros Públicos Comentadas**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DONEDA, Danilo. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FRAZÃO, Ana; MENDONÇA, Luiza. Plataformas Digitais e o negócio de dados: Necessário diálogo entre o Direito da Concorrência e a Regulação de Dados. **Revista Direito Público**, v. 17, 2020.

MAGALHÃES, Renan Cavalcante. **o acesso à justiça, as serventias extrajudiciais e a desjudicialização**: reflexões a partir do registro de imóveis, tabelionato de notas e tabelionato de protesto. Dissertação (Mestrado em Direito) Fortaleza: Unichristus, 2021.

MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. A esfera pública (forjada) na era das fake news e dos filtros-bolha. **Cadernos Adenauer**, v. 19, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; e FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 16, n. 1, p. 1-33, Janeiro-Abril, 2020, p. 1-33. Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11038>.

MOLINARO, C. A.; SARLET, I. W. **Sociedade em rede, internet e estado de vigilância**: algumas aproximações. Revista da AJURIS [S. l.], v. 40, n. 132, 2013. Disponível: <http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/249>. Acesso em: 31 maio 2025.

OLIVEIRA, Thiago Martins de. **Tabelionato de protesto**. 1. ed. Barueri: chave mestra, 2024.

PAGANI, Vitória Dal-Ri. **Protesto de títulos e outros documentos de dívida como concretizador da responsabilidade administrativa ambiental**: um estudo de caso no Tabelionato de Protesto de Ervália/MG. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito). Florianópolis: UFSC, 2023.

KUMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina; SILVA, Marcos Claro da. **Tabelionato de protesto**. 2. ed. São Paulo: YK Editora, 2024.

O LIMITE DO PODER FAMILIAR NA VACINAÇÃO COMPULSÓRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: UM ENFOQUE SOB A ÓTICA DO STF

Derick Moura JORGE¹

Rafaella Martins de OLIVEIRA²

RESUMO

Com o “Coronavírus”, acirrou-se a discussão acerca obrigatoriedade de imunização de crianças e adolescentes. Considerando o choque de direitos fundamentais, envolvendo saúde pública e liberdade de crença, o STF foi impelido a analisar o tema. Assim, partindo da abordagem hipotético-dedutiva, embasada na pesquisa bibliográfica, buscou-se perquirir, para além da análise da constitucionalidade da vacinação compulsória de crianças e adolescentes, se a imunização deste público consiste em um dever social decorrente do direito fundamental à saúde, ou se a liberdade de crença dos responsáveis legais poderia atingi-los. Como resultados, verificou-se que o STF entendeu que com relação às crianças e adolescentes, prevalece o melhor interesse deste grupo, reconhecendo-se que é ilegítima a recusa à vacinação deste público baseado em convicções pessoais dos responsáveis legais, sendo obrigatória a vacinação quando o agente imunizante estiver incluso no Programa Nacional de Imunização.

PALAVRAS-CHAVE: Vacinação compulsória de crianças e adolescentes. Limites ao Poder familiar. Choque de direitos fundamentais. Programa Nacional de Imunização.

ABSTRACT

With the "Coronavirus", the debate about the mandatory immunization of children and adolescents intensified. Considering the clash of fundamental rights, involving public health and freedom of belief, the STF was compelled to analyze the issue. Thus, starting from a hypothetical-deductive approach, based on bibliographic research, it was sought to investigate, in addition to the analysis of the constitutionality of compulsory vaccination for children and adolescents, whether the immunization of this public constitutes a social duty arising from the fundamental right to health, or if the freedom of belief of legal guardians could reach them. As a result, it was verified that the STF understood that, in relation to children and adolescents, the best interest of this group prevails, recognizing that the refusal to vaccinate this public based on the personal convictions of legal guardians is illegitimate, making vaccination mandatory when the immunizing agent is included in the National Immunization Program.

1 Doutorando em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho com capacitação para o Ensino no Magistério Superior nas Faculdades Damásio. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Uninter. Especialista em Gestão do Sistema Prisional pelas Faculdades São Braz. Especialista em Gestão Estratégica em Segurança Pública pela Escola Superior da Polícia Civil do Estado do Paraná. Vice-presidente da APAE de Jaguariaíva (gestão 2020/2022). Diretor Jurídico do Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná (SIDEPOL/PR). Atuou como Professor orientador na Residência Técnica e Pós-Graduação Lato sensu em Gestão da Segurança Pública da Universidade Estadual do Paraná (UNESPAR). Atuou como tutor no curso "Segurança Pública e Violência contra Mulheres e Meninas: do Enfrentamento ao Protagonismo Feminino na Prevenção e Redução da Violência" da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça. Delegado da Polícia Civil do Estado do Paraná.

2 Mestre e Doutoranda no Programa em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Pós-Graduada em Licitações e Contratos no viés da Lei n. 14.133/2021, pelo Instituto Polis Civitas. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Ponta Grossa. Advogada. Procuradora no Município de Piraí do Sul, Paraná. Atuou como professora Colaboradora no Departamento de Direito Processual da Universidade Estadual de Ponta Grossa nos anos de 2018-2024. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

KEYWORDS: Compulsory vaccination of children and adolescents. Limits to family power. Clash of fundamental rights. National Immunization Program.

I. INTRODUÇÃO

A questão afeta à imunização ganhou destaque nos debates nacionais, mormente diante do quadro pandêmico vivenciado pelo mundo em virtude da doença viral conhecida como “Coronavírus”. Neste cenário, o Supremo Tribunal Federal (STF) se viu obrigado a analisar questões relacionadas à obrigatoriedade da vacinação, mais especificamente com relação à possibilidade de os responsáveis legais – com fulcro nas prerrogativas inerentes ao poder familiar e embasados por convicções pessoais –, recusarem-se a submeter as crianças e adolescentes que se encontram sob sua responsabilidade ao Programa Nacional de Imunização (PNI), haja vista o conflito existente entre os direitos fundamentais relativos à saúde pública e a liberdade de crença e consciência.

Desse modo, o problema central do presente estudo vai além de verificar a constitucionalidade da vacinação compulsória de crianças e adolescentes, mas busca verificar se a imunização deste grupo tido como vulnerável se apresenta como um dever social irradiado do direito fundamental à saúde, cuja amplitude tende a limitar o âmbito de alcance do poder familiar em prol da prevalência da dignidade do indivíduo menor de 18 (dezoito) anos de idade, enquanto sujeito titular de direitos.

Para tanto, fez-se uso do método de abordagem hipotético-dedutivo, lastreado no procedimento monográfico, bem como na pesquisa bibliográfica, donde se partiu da análise da saúde enquanto direito social fundamental, sujeito à disciplina inata aos direitos humanos, de modo a verificar se o PNI, enquanto política pública relativa a tal direito, sujeita-se a esta mesma disciplina, bem como se possui caráter obrigatório ou facultativo. Na sequência, analisou-se a questão afeta à vacinação em si, destacando-se por quais motivos alguns grupos posicionam-se de modo favorável a tal prática, ao passo que outros a refutam, além de verificar de modo pontual qual a problemática inata à imunização compulsória de crianças e adolescentes, mormente diante de questões de índole ideológica atinentes aos seus responsáveis legais. Ao final foram esmiuçadas as decisões prolatadas pelo STF com relação ao tema vacinação, de modo a se avaliar quais os limites traçados por tal Corte com relação ao assunto.

Destarte, busca-se cotejar as decisões prolatadas pelo STF com uma análise ampla acerca dos temas saúde pública, limites do poder familiar e melhor interesse da criança e adolescente, de modo a se inferir se o entendimento atualmente tido como preponderante quanto ao assunto se mostra adequado sob o ponto de vista da tutela da dignidade humana.

II. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A OBRIGATORIEDADE DO PLANO NACIONAL DE IMUNIZAÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS, 1946), no preâmbulo da sua Constituição, define a saúde como sendo “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”, trazendo um atendimento extremamente amplo ao tema.

No direito brasileiro, o direito à saúde encontra-se positivado no artigo 6º da Constituição da República (1988), sendo classificado como um direito social, incumbindo a sua tutela, de modo comum, a todos os entes federados, muito embora a competência legislativa atinente ao tema seja concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal.

O texto constitucional brasileiro, de modo mais específico, debruça-se sobre o tema nos artigos 196 e seguintes, trazendo a ideia de que a saúde se apresenta como um direito de todos, dotado de relevância pública, devendo o Estado atuar por meio de políticas públicas específicas com vistas à redução dos riscos de doenças e outros agravos, agindo deste modo tanto no plano da recuperação quanto da prevenção (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Nesta toada é possível se verificar que a saúde, sob o prisma constitucional, apresenta-se como um direito fundamental dos seres humanos, pertencente ao seu núcleo mínimo vital, eis que imprescindível para a existência e manutenção da própria vida. Assim, ao se analisar a questão à luz dos ensinamentos de Norberto Bobbio (2004), é possível se constatar que a saúde se enquadra na definição de direitos fundamentais de segunda dimensão, relativos à ideia de igualdade, eis que exigem a adoção de posturas ativas pelo Estado de modo a lhe assegurarem a implementação.

Apesar do direito à saúde, numa análise inicial, trazer em si a ideia de atuação estatal, voltada a sua implementação, é necessário se destacar que todo direito fundamental social, apesar de possuir com maior destaque essa face positiva, possui também uma face negativa, que enseja a abstenção estatal quando estiverem em xeque outros direitos fundamentais do indivíduo, normalmente relacionados à ideia de liberdade (Oliveira & Oliveira, 2020).

No campo internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 25, traz a saúde com um direito vital dos seres humanos, indispensável para a sua existência digna, incumbindo aos Estados a adoção de medidas visando a sua preservação. De modo similar, é

também o que preconiza o artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.

Deste modo tem-se que o conceito de saúde, além de ser visto como um direito fundamental pelo ordenamento jurídico pátrio, apresenta-se, face o direito internacional, como pertencente ao grupo dos direitos humanos, estes últimos compreendidos como “aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser humano, por sua própria natureza e pela dignidade que a ela é inerente” (Correia, 2005).

Os direitos humanos, assim como os direitos fundamentais, possuem uma série de características que lhe são inatas, ganhando relevo para o presente estudo a sua submissão ao princípio da proibição do retrocesso.

Apesar da relevância conferida à saúde, com a sua inclusão no campo dos direitos humanos, tal direito não se concretiza de plano, devendo serem adotadas medidas concretas pelo poder público com tal desiderato. Assim, emerge a necessidade de formulação e implementação de políticas públicas especificamente dirigidas para o tema, ganhando destaque a questão afeta à estipulação, operacionalização e controle do plano nacional de imunização. No Brasil o Programa Nacional de Imunização (PNI) foi instituído por meio da Lei nº 6.259 (1975), a qual posteriormente foi regulamentada pelo Decreto nº 78.231 (1976), sendo estabelecido que o Ministério da Saúde deveria realizar o controle das doenças infectocontagiosas existentes no país, de modo a se realizar a sua prevenção, inclusive, por meio da instituição de um plano de vacinação de caráter obrigatório. Outro ponto de destaque no mencionado Decreto refere-se ao seu artigo 29, o qual prescreve que “é dever de todo cidadão submeter-se e os menores dos quais tenha a guarda ou responsabilidade, à vacinação obrigatória” (Decreto nº 78.231, 1976) devendo tal obrigatoriedade somente ser afastada em caso de comprovação médica da contraindicação (Medeiros, 2019). Tal política pública, em verdade, traduz-se num calendário “pensado e organizado de acordo com a necessidade e a capacidade imunológica dos indivíduos, tendo como base a maturidade do sistema imune, a duração da cobertura vacinal, bem como os riscos de exposições adicionais”, que tem como desiderato principal “maximizar a janela imunológica individual, possibilitando uma maior taxa de cobertura vacinal e proteção não só do indivíduo, mas também da comunidade onde está inserido” (Pinto, 2018, p. 10).

A evolução da medicina trouxe consigo a visão de que muitas doenças podem ser combatidas a partir da sua prevenção, que pode ser realizada, inclusive, por meio da imunização prévia da população, sendo o fornecimento de vacinas pelo poder público um mecanismo relevante para a redução dos riscos de doenças. Neste cenário destaca-se que a vacinação atua no organismo

humano a partir da inserção de uma amostra inativa ou enfraquecida do agente causador da doença, de modo a estimular o sistema imunológico a produzir anticorpos e, conseqüentemente, reduzir a mortalidade advinda de tal moléstia (Resende & Alves, 2020).

A produção e a aceitação de uma vacina, com conseqüente inserção desta no PNI, exige o transcurso de diversas etapas, que visam comprovar a eficácia do agente imunizante e reduzir ou eliminar os possíveis riscos advindo do seu uso. Num primeiro momento, as vacinas são submetidas a análises de cunho laboratorial, nas quais são estudados os agentes causadores da doença em foco, de modo a se identificar por quais meios será possível o seu combate. Na sequência parte-se para as análises pré-clínicas, fundadas na realização de experimentos em animais nos quais a doença age de forma similar aos humanos, de modo a se atestar a eficácia do agente imunizante e a existência de eventuais efeitos colaterais. Após, iniciam-se os estudos clínicos da vacina, inicialmente desenvolvidos por meio de testes em pequenos grupos voluntários saudáveis, tendo como finalidade verificar a segurança do agente imunizante. Continuamente estendem-se os experimentos para um grupo maior e heterônimo para somente ao final se realizarem testes mais amplos em comunidades de risco e em áreas com maior incidência de contágio da moléstia. Nestas últimas duas etapas a aplicação do agente imunizante ocorre de modo simultâneo e velado de placebos, a fim de verificar se o agente age efetivamente na prevenção da doença ou se possui efeito meramente psicológico (Filó & Ank, 2021).

No Brasil, a vacinação possui como supedâneo a prevenção num viés coletivo, eis que busca tanto a proteção individual daqueles que foram vacinados quanto a tutela reflexa daqueles que não foram vacinados, possibilitada a partir da restrição da circulação da doença, com conseqüente redução de chances de contágio (Resende & Alves, 2020). Nesta ótica é necessário se analisar a questão afeta aos direitos fundamentais sobre todos os prismas, eis que todo direito incorpora na sua essência um dever, tanto coletivo quanto individual, sendo tal realidade afeta ao direito à saúde. Quando se analisa o tema é preciso que se perceba que o direito à saúde traz em si, também, um dever fundamental, destinado tanto ao poder público, no que tange à implementação de políticas públicas afetas à questão, quanto à população que deve se portar de modo a preservar tanto a sua saúde individualmente considerada quanto a saúde num âmbito comunitário (Resende & Alves, 2020).

Neste cenário impende destacar que a questão afeta à vacinação e a sua obrigatoriedade gera debates nos campos jurídico e social desde a sua gênese. Embora a ideia de vacinação remonte à Antiguidade, tendo como marco histórico do tema os estudos desenvolvidos por Edward Jenner no final do século XVIII, relativos ao combate à varíola, no Brasil o expoente da discussão foi o conflito nacional conhecido como Revolta da Vacina, datado de 1904. Na época o governo

brasileiro impôs uma série de medidas coercitivas que visavam obrigar a população a se vacinar contra a varíola, contudo, a sociedade brasileira impôs-se de modo contrário a esta postura político-sanitária. Em verdade, a população não se mostrou contrária à vacina em si, mas sim ao modo pelo qual a sua utilização estava sendo imposta pelo governo, inclusive por meio do emprego de violência física. Neste panorama a população passou a entender que o controle estatal estava tomando proporções inaceitáveis, eis que o povo não teria o domínio sequer sobre o seu próprio corpo, tendo tal movimento resultado na decretação do Estado de Sítio, bem como na contenção violenta dos revoltosos (Oliveira & Oliveira, 2020).

Em que pese a discussão relativa à obrigatoriedade da vacinação, cujo âmago será debatido na sequência, relevante indicar que a vacinação no país possui resultados evidentes, advindos do reconhecimento internacional de que certas doenças foram erradicadas do cenário nacional. De acordo com as certificações internacionais, o Brasil, a partir da implementação do seu plano de imunização, erradicou a varíola em 1970, ao passo que a poliomielite foi erradicada em 1994. De igual modo, em 2016, reconheceu-se internacionalmente a erradicação do sarampo no país, sendo tal certificação retirada em 2018 a partir da evidenciação de novos focos da doença (Filó & Ank, 2021). Assim, tem-se que a vacinação visa cumprir a dimensão positiva do direito social à saúde, na medida em que tutela este direito no campo público, mas também limita a dimensão negativa deste direito fundamental, ao passo que o PNI busca se sobrepor à liberdade individual das pessoas, gerando uma colisão entre os aspectos positivos e negativos deste direito social (Resende & Alves, 2020). As normas relativas ao PNI, assim como as ações sanitárias que lhe são correlatas, traduzem-se em mecanismos indispensáveis para a proteção do direito fundamental à saúde, mormente quando constatada a sua eficácia, relativa à erradicação de diversas doenças do cenário nacional, e o complexo processo que antecede a aprovação de uma vacina e a inserção desta em tal política pública (Resende & Alves, 2020).

Neste panorama é possível se constatar que o direito à saúde se apresenta como um direito fundamental de cunho social, pertencente no âmbito internacional ao campo dos direitos humanos, cuja implementação dá-se primordialmente por meio de políticas públicas, a exemplo do PNI. Assim, se aos direitos humanos aplica-se a ideia de proibição de retrocesso, de modo que as conquistas obtidas ao longo dos anos não podem ser suprimidas do patrimônio imaterial da população, de igual forma aqueles benefícios advindos das políticas públicas tendentes à materialização dos direitos abstratamente considerados também devem estar sujeitos a esta premissa. Assim, não há que se falar em abolição do PNI, eis que se trata de uma política indispensável para a promoção da saúde, sujeita à disciplina dos direitos humanos e consequente proibição de retrocesso, devendo serem buscados mecanismos jurídicos que possibilitem a sua

manutenção, com respeito aos demais direitos fundamentais dos indivíduos, de modo que estes últimos sejam limitados em prol do interesse coletivo, mas não suprimidos ou afrontados de forma desproporcional.

O agir estatal por meio do PNI, apesar de limitar o direito à saúde no campo negativo, também permite a efetivação da saúde no campo coletivo, havendo-se um choque entre direitos fundamentais da população. Se a temática se apresenta deveras complexa quando analisada em sua amplitude, maior destaque ganha o debate quando restringido à vacinação obrigatória de crianças e adolescentes, conforme passa a expor.

III. A VACINAÇÃO COMPULSÓRIA À LUZ DO RECONHECIMENTO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITO EM FACE DO PODER FAMILIAR

A polêmica acerca da obrigatoriedade da vacinação e da obediência ao PNI debruça-se essencialmente na questão afeta à limitação da liberdade de escolha dos indivíduos, pautada em convicções pessoais, em prol do interesse coletivo, materializado a partir da obrigatoriedade da vacinação. Se o tema, em sua amplitude, já se apresenta por demais complexo, maior contorno assume quando analisada a imposição do PNI a crianças e adolescentes.

Se com relação as pessoas maiores de 18 (dezoito) anos de idade um dos principais argumentos antivacina centra-se na liberdade de escolha conferida aos indivíduos, de modo que estes podem gerir a sua vida e, principalmente, os seus corpos, do modo que acharem mais adequados, quando a questão é analisada à luz do regramento jurídico reservado às crianças e adolescentes este argumento perde força, haja vista a ausência de plena autodeterminação destes, os quais se encontram sujeitos ao jugo de seus responsáveis legais (Lima, 2021). Deste modo o problema centra-se na análise acerca de quais os limites impostos ao poder familiar de modo a se estabelecer até que ponto as convicções pessoais dos indivíduos podem ser aplicadas face as crianças e adolescentes que se encontram sob sua responsabilidade.

No campo internacional sobressaem-se os dispositivos legais constantes na Convenção sobre os Direitos da Criança, inserta no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, e que conceitua as crianças, em seu artigo 1º, como sendo todo indivíduo com idade inferior a 18 (dezoito) anos. Tal diploma legal determina aos Estados Parte a máxima observância aos direitos inerentes à sobrevivência das crianças, devendo os Estados pautarem as suas ações na mais ampla proteção à saúde deste grupo visto como vulnerável, devendo a saúde destes sobressair, inclusive, diante da liberdade religiosa que lhes é conferida, bem como aos seus responsáveis legais. No âmbito interno, o ordenamento jurídico brasileiro traz diversos

dispositivos legais que visam a proteção das crianças e adolescentes, com destaque ao artigo 227, *caput*, da Constituição da República (1988), no qual prescreve como um dever amplo dirigido à família, bem como à sociedade e ao Estado assegurar “à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 1º traduz em sua essência a doutrina da proteção integral, de modo que este grupo vulnerável seja atendido em toda a sua completude, levando-se em conta a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Lei nº 8.069, 1990). Neste panorama a saúde ocupa um papel de destaque, eis que se traduz num direito essencial para a promoção e manutenção da própria vida, devendo o Estado brasileiro desenvolver políticas públicas voltadas a esta finalidade. Dentre estas políticas públicas sobressai-se o PNI, o qual de acordo com o artigo 14, § 1º, do mesmo diploma legal, apresenta-se como de observância obrigatória.

De outro lado, o artigo 3º do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, 2002) classifica como absolutamente incapazes todas as pessoas que possuem menos de 16 (dezesesseis) anos de idade, indicando em seu artigo 4º, inciso I, como relativamente incapazes aquelas que se encontram na faixa etária entre os 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos de idade. Assim, vê-se que no sistema jurídico brasileiro as crianças e adolescentes não têm plena capacidade para exercerem pessoalmente os atos relativos à sua vida civil, devendo serem representados ou assistidos, a depender da sua idade.

Assim, com relação à responsabilidade sobre as crianças e adolescentes vem à baila a questão afeta ao poder familiar, definido por Maria Helena Diniz (2012, p. 1197) como o “conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos”. O poder familiar encontra-se previsto no artigo 1.634, I, do Código Civil, competindo a “ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar”, consistindo em “dirigir-lhes a criação e a educação” (Lei nº 10.406, 2002). Relevante destacar que mais do que um poder, este também se apresenta como um dever incumbido aos genitores, advindo da previsão expressa no artigo 229 da Constituição Brasileira (1988). Contudo, há que se ter em mente que os pais, apesar de possuírem ampla responsabilidade sobre seus filhos, cabendo-lhes a organização de suas vidas, não são proprietários destes, devendo pautarem a sua atuação em prol do melhor interesse da criança e do

adolescente.

O artigo 15 do ECA, prescreve que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”, sendo tal entendimento corroborado pelo artigo 100, parágrafo único, inciso I, deste mesmo diploma legal (Lei nº 10.406, 2002). A Convenção sobre os Direitos da Criança, igualmente, tem como supedâneo a visão das crianças enquanto sujeitos de direitos que carecem de amplo respeito à dignidade que lhes é inata. Neste norte Luiz Edson Fachin (2012, p. 111) aduz que os sujeitos de direitos são as pessoas às quais “o sistema jurídico faculta o ingresso no plano do Direito, para inserir-se numa determinada titularidade. São todas as pessoas que têm esse estatuto e podem efetivamente se erigir na condição de titular de uma determinada posição jurídica”.

Assim, verifica-se que às crianças e aos adolescentes devem ser conferidas todas as prerrogativas inerentes aos seres humanos, com ênfase na sua dignidade, mormente quando constatado que o ordenamento jurídico brasileiro, em sua íntegra, deve ser analisado e interpretado à luz dos preceitos constitucionais. Acerca deste ponto, Luiz Edson Fachin (2012) sustenta que a capacidade civil das pessoas se refere ao sistema de exercício de direitos, mas não à titularidade destes. Assim, não se pode qualificar uma pessoa como mero elemento da relação jurídica, devendo se reconhecer os direitos subjetivos que lhe são inatos. Logo, infere-se que apesar de não exercerem de modo pessoal os atos da vida civil, as crianças e adolescentes são os próprios titulares destes direitos, mormente daqueles caracterizados como fundamentais sob a ótica constitucional, incumbindo aos seus responsáveis legais não apenas a manutenção da sua subsistência, mas a observância prioritária do seu melhor interesse, ainda que este conflite com as convicções pessoais do próprio responsável. O enquadramento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos vai além de uma mera indicação legal, eis que exige a adoção de medidas concretas voltadas à promoção da sua dignidade de modo que lhes sejam possibilitados meios adequados para o seu pleno desenvolvimento pessoal (Falcão, 2020).

Contudo, no plano fático, o debate é mais complexo do que se aparenta, eis que não há uma delimitação expressa do que se entende como “melhor interesse” da criança ou adolescente, devendo tal análise realizar-se de modo concreto. O problema ganha destaque quando observado que a interpretação conferida pelos responsáveis legais do infante ao melhor interesse deste diverge daquele consolidado pelas autoridades públicas e sanitárias, tal qual muitas vezes ocorre diante da questão afeta à vacinação compulsória.

O poder familiar, conforme já mencionado, trata-se de um vínculo obrigacional existente

entre os genitores e seus filhos, que enseja avenças de caráter material, ligadas à sobrevivência do indivíduo, e moral, relativos à sua formação psíquica, emocional e intelectual, de modo que seja possibilitada não apenas a manutenção da vida dos menores de 18 (dezoito) anos de idade, mas propiciadas condições dignas para que este possa se desenvolver adequadamente de modo a posteriormente incorporar-se de modo efetivo na sociedade. Assim, percebe-se que o poder familiar se debruça, muitas das vezes, numa relação íntima das partes, adstrita ao campo privado, na qual os responsáveis legais repassam suas convicções pessoais àqueles que se encontram sob sua responsabilidade, de modo a gerar a manutenção da sua corrente religiosa e filosófica acerca da vida.

No que tange ao tema vacinação, existem determinados grupos que repudiam tal prática, fundamentando a sua posição em diversos argumentos valorativos e jurídicos. Dentre os principais pontos aduzidos em contrariedade à vacinação compulsória encontra-se a ideia de que a criação dos filhos, bem como a forma pela qual esta se desenvolverá, advém de uma obrigação de viés moral que se sobrepõem à lei, devendo ser atribuído maior valor às convicções pessoais dos genitores face às determinações abstratamente impostas pelo Estado de modo coletivo, eis que os responsáveis legais teriam melhores condições para estabelecer o que, efetivamente, é melhor para a sua prole (Lima, 2021). Ademais, a política de vacinação se apresenta como uma obrigação culturalmente aceita, passada de modo hereditário entre os indivíduos, sem que haja uma profunda análise acerca da sua efetividade, podendo provocar o adoecimento do infante ou o agravamento de alguma condição pré-existente, incumbindo aos responsáveis legais avaliarem se tal ato se mostra aceitável, sob o ponto de vista da proporcionalidade, sopesando no campo da intimidade do seio familiar os benefícios e malefícios da vacinação (Barbieri *et al*, 2017).

Igualmente, questiona-se a possível relação existente entre a vacinação em crianças e o desenvolvimento do autismo, ou de seus espectros, assim como a constatação de que muitas vezes a criança jamais será exposta àquela doença, sendo a vacinação uma antecipação da própria moléstia, passível de ocasionar mais danos do que benefícios à saúde (Falcão, 2020).

Sobre o ponto de vista político, sustenta-se que o plano de imunização traduz uma prática capitalista que visa fomentar o lucro entre as empresas farmacêuticas, que primam pela obtenção do capital em detrimento da efetiva saúde da população, eis que existem meios alternativos, não invasivos e menos arriscados de se realizar a prevenção de moléstias (Falcão, 2020).

Ademais, ganha destaque a questão afeta ao veganismo, eis que este modelo de vida prega a não utilização e consumo de produtos de origem animal. No que se refere às vacinas vê-se que uma das fases para a sua aceitação no campo científico, com posterior aprovação e eventual inserção no PNI, exige a realização de experimentos em animais, relativos à fase pré-clínica,

exigência esta que se choca com as bases deste modelo de vida (Falcão, 2020). A posição antivacina concentra a sua argumentação na ideia de que a imunização obrigatória desqualifica o poder familiar, além de ferir, no âmbito constitucional, a liberdade de crença e consciência, assim como a inviolabilidade da vida privada. No campo infraconstitucional tal compulsoriedade viola o artigo 15 do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, 2002), o qual protege a liberdade individual relativa à não submissão a tratamentos médicos que possam gerar riscos de vida, eis que este risco deve ser avaliado pelos responsáveis legais das crianças e adolescentes e não pelo Estado, tratando-se esta atuação estatal como uma intromissão indevida na esfera privada da família.

Em contraponto sobrevém o entendimento de que o poder familiar não é uma carta em branco conferida aos genitores, que poderão adotar toda e qualquer postura face aos seus filhos menores de 18 (dezoito) anos de idade, mas sim um poder-dever limitado pelos postulados da proteção integral, da prioridade absoluta e da visão das crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direito. Ademais, o artigo 227 da Carta Magna indica que a proteção dos interesses das crianças e adolescentes deve se dar de modo concorrente entre o Estado, a sociedade e a família, não sendo uma incumbência restrita a esta última.

O ordenamento jurídico brasileiro funda-se numa análise da saúde sob as perspectivas individuais e coletivas, cabendo ao Estado a mais ampla atuação visando a preservação do bem-estar de todos, sendo tal entendimento extraído do artigo 3º, inciso IV, do texto Constitucional. De igual modo, embora prime-se pela liberdade de escolha dos indivíduos, esta se encontra limitada pela lei, a qual poderá estabelecer obrigações às pessoas em prol do interesse público, conforme se infere da análise do artigo 5º, inciso II, da Constituição Brasileira (1988). No que tange à liberdade de consciência e de crença, tem-se que o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso VIII, limita-a face as obrigações legais impostas de modo coletivo. Numa análise macro, ainda, os pais ao não realizarem a vacinação de seus filhos estariam violando o direito fundamental à preservação da saúde destes, incorrendo na previsão do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição. Sob o viés infraconstitucional, além da expressa previsão contida no artigo 14, § 1º, do ECA, bem como no artigo 29 do Decreto nº 78.231/76, há que se reconhecer a força normativa atribuída ao PNI, decorrente da sua caracterização enquanto política pública indispensável para a implementação do direito à saúde na sua perspectiva preventiva.

Embora o Código Civil brasileiro traga a possibilidade dos indivíduos negarem a sua submissão a tratamentos médicos que porventura coloquem em risco a sua higidez física, ao passo que com relação aos menores de 18 (dezoito) anos esta escolha incumbiria aos seus responsáveis legais, eis que uma das obrigações decorrentes do poder familiar e do reconhecimento da ausência de autodeterminação plena deste grupo, vê-se que tal diploma legal deve ser interpretado à luz da

Constituição, de modo que o interesse público e o melhor interesse das crianças e adolescente seja analisado a partir da dignidade que lhes é inata (Fachin, 2012).

Neste cenário não seria concebível a construção de uma liberdade absoluta, pautada em convicções particulares que coloquem em risco as presentes gerações e inviabilizem o pleno desenvolvimento das futuras. Não se instituir limites à autonomia parental, lastreados em conhecimentos técnicos e científicos em detrimento de posições ideológicas e pessoais, pode gerar um risco que extravasa o campo privado, atingindo de modo direto o campo social (Falcão, 2020).

Deste modo é clara a colisão de interesses e direitos fundamentais que emerge a partir da instituição da vacinação obrigatória pelo Estado, mormente quando analisado o tema face às crianças e adolescentes, sendo que o STF não se manteve alheio a tal polêmica.

IV. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A VACINAÇÃO COMPULSÓRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

As controvérsias advindas da obrigatoriedade da vacinação sempre estiveram em debate no âmbito judicial, tendo o STF já se manifestado diversas vezes acerca do tema, a exemplo do Recurso em Habeas Corpus nº 2.244/DF, impetrado no início do século XX (Lima, 2021). Posteriormente, diversas demandas surgiram com base nesta discussão, ganhando destaque as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6586, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, e nº 6587, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro, ambas atinentes às medidas estatais relativas ao combate à doença viral conhecida como COVID-19, mormente por meio da análise da constitucionalidade dos comandos constantes na Lei nº 13.979/2020. Tais ações possuem como objetivo discutir tanto a compulsoriedade dos programas de vacinação quanto estabelecer a competência federativa para instituição das medidas de combate ao quadro pandêmico vivenciado (Brasil, 2021).

Em tais ações, cujos julgamentos deram-se de modo conjunto, ambas sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, restou firmado que é constitucional o estabelecimento da vacinação compulsória, desde que esta não afronte a integridade física e a inviolabilidade domiciliar dos indivíduos, vedando-se a vacinação forçada, pautada na força física. De acordo com a Corte, em homenagem ao previsto nas normas nacionais e internacionais relativas à liberdade de escolha das pessoas, a exemplo do contido no artigo 5º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678, 1992), as pessoas não podem ser coagidas fisicamente a se vacinarem, devendo o Estado se valer de sanções indiretas para tal desiderato, a exemplo da restrição de certas atividades e programas públicos, bem como a estipulação da vacinação como pré-requisito para o recebimento de benefícios pecuniários ou matrícula em unidades educacionais (Brasil, 2021).

Em tal julgado estabeleceu-se, ainda, que para que a vacinação compulsória seja possível é necessária a obediência ao princípio do “livre convencimento informado”, eis que esta deverá estar embasada em comprovações científicas que demonstrem a eficácia, a segurança e as contraindicações dos agentes imunizantes, devendo tais informações serem amplamente difundidas na sociedade, de modo que as pessoas tenham plena consciência acerca dos benefícios e malefícios decorrentes da vacinação, a fim de que possam adotar uma postura consciente acerca da sua submissão a esta. Ademais, a imunização deverá ter como norte principal o respeito à dignidade humana e aos demais direitos fundamentais existentes no plano nacional e internacional, devendo obedecer aos postulados da gratuidade e universalidade de acesso ao agente imunizante (Brasil, 2021).

Logo, apesar de tais lides referirem-se especificamente à doença viral provocada pelo Coronavírus, notadamente face a análise da constitucionalidade dos dispositivos constantes na Lei nº 13.979/20, estas trouxeram significativos *standards* para o estudo de questões relativas ao tema saúde pública. Ao analisar tal problemática a Suprema Corte brasileira erigiu a saúde a uma posição de destaque no cenário jurídico, eis que possibilitou a imposição estatal do programa de vacinação, desde que subsidiada por argumentos científicos devidamente comprovados. Contudo, não renegou a um segundo plano a questão afeta às liberdades individuais, especialmente do direito de escolha, haja vista que tanto estas liberdades quanto o direito à saúde constituem faces relevantes da dignidade humana. Assim, tal Corte afastou a possibilidade do Estado realizar a denominada “vacinação forçada”, devendo valer-se de outros meios a fim de assegurar a compulsoriedade da imunização, a exemplo de sanções indiretas, muito embora entenda que é imperiosa a adoção de uma postura estatal pautada na conscientização social, de modo que as pessoas entendam a vacinação não como uma obrigação, mas como uma necessidade relativa tanto ao bem estar individual quanto coletivo (Brasil, 2021).

No que tange à vacinação compulsória de crianças e adolescentes o STF viu-se diante de tal dilema a partir do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.267.879, o qual se apresenta como uma demanda individual no âmbito da qual foi reconhecida a repercussão geral referente ao Tema nº 1103, advinda dos reflexos sociais, políticos e jurídicos relativos à questão (Brasil, 2020). No campo jurídico o tema ganha relevo diante do conflito entre direitos fundamentais que lastreia a demanda, de modo que seja estabelecido, por meio de uma análise valorativa, qual interesse deverá prevalecer face a esta colisão. Sob o viés político sobressai-se o crescimento dos movimentos contrários à vacinação, que afetam diretamente a cobertura imunológica nacional. Na perspectiva social apresenta-se a discussão acerca da efetividade e força cogente das políticas públicas estatais relativas ao tema saúde (Brasil, 2020).

A demanda originária que ensejou a manifestação do STF acerca do tema trata-se da Ação Civil Pública nº 1003284-83.2017.8.26.0428, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de pais adeptos ao estilo de vida vegano, os quais não aceitam o consumo de produtos de origem animal, assim como a submissão de seu filho ao PNI, haja vista os experimentos realizados em animais, necessários para a aprovação das vacinas (Brasil, 2020). Tal demanda foi julgada improcedente em primeiro grau de jurisdição, tendo o magistrado responsável pelo caso entendido que os pais têm a incumbência de zelar pela saúde de seus filhos, podendo, desde que de modo consciente e justificado, recusar a submissão de seus filhos saudáveis a métodos que possam colocar a sua saúde em risco (Brasil, 2020).

Contudo, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença inicial e estabeleceu a obrigatoriedade da vacinação do infante. De acordo com o Tribunal paulista, a vacinação encontra respaldo em normas de ordem pública, que visam a proteção das crianças, individualmente consideradas, bem como de toda a coletividade, sendo que no conflito entre o interesse do infante, lastreado em questões de saúde pública, e o direito à liberdade religiosa e filosófica o primeiro deverá prevalecer, eis que nenhum direito, ainda que fundamental, possui caráter absoluto. Destarte, restou estabelecido que os pais deveriam regularizar a vacinação de seu filho, sob pena de suspensão temporária do seu poder familiar, com possibilidade de determinação da busca e apreensão da criança com posterior condução ao serviço público de saúde para realização da devida imunização (Brasil, 2020).

Os pais da criança, por sua vez, inconformados com o julgado acima mencionado, interpuseram o devido Recurso Extraordinário, o qual foi inadmitido na origem, ocasionando a interposição do devido agravo junto ao STF, sendo posteriormente reconhecida a respectiva repercussão geral do tema, conforme acima exposto, além de ser determinado o recebimento do agravo como Recurso Extraordinário (Brasil, 2020).

Em suas razões recursais os recorrentes sustentaram que o seu filho é uma criança saudável e possui constante acompanhamento médico e demais cuidados relativos ao modelo de vida vegano. Aduziram, ainda, que tal modelo de vida repudia a realização de procedimentos médicos invasivos, sendo a escolha dos pais pautada nesta filosofia de vida uma opção consciente e que demonstra a preocupação dos genitores com o melhor interesse da criança, haja vista os possíveis riscos e efeitos colaterais advindos da vacinação infantil. Por fim, argumentaram que as normas relativas à obrigatoriedade da vacinação infanto-juvenil devem ser interpretadas de modo que não sejam lesados os direitos fundamentais relativos à liberdade de crença e consciência e a garantia à intimidade, previstos em âmbito constitucional (Brasil, 2020).

Deste modo verifica-se que tal recurso, cuja relatoria incumbiu ao Ministro Luís Roberto

Barroso, teve como objeto central de análise verificar se é constitucional que os pais deixem de promover a vacinação de seus filhos, tendo como base para tal recusa argumentos de índole filosófica, moral, religiosa e existencial (Brasil, 2020).

No dia 17 de dezembro de 2020 o Plenário do STF realizou a análise do mérito de tal recurso, tendo por unanimidade negado provimento ao Recurso Extraordinário em exame, sendo seguido o voto prolatado pelo ilustre ministro relator. Relevante apontar que a Suprema Corte analisou o caso em tela em conjunto com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6586 e 6587, eis que embora relativas a situações fáticas distintas tais demandas encontram-se interligadas, haja vista o conflito de interesses em jogo (Brasil, 2020).

Assim, vê-se que o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, atinente ao recurso em apreço, foi prolatado no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586, sendo dividido em três partes, quais sejam uma breve análise histórica das epidemias em cotejo com a relevância que a vacinação teve para os seus controles e a erradicação de determinadas doenças, a indicação dos interesses confrontantes na demanda em comento e, por fim, o resultado obtido a partir da análise ponderada dos direitos e valores postos em conflito (Brasil, 2020).

Em seu voto o citado ministro reforça o papel fundamental que as vacinas possuem na sociedade, devendo serem vistas como um instrumento de notável relevância em prol da preservação da saúde coletiva. Ademais, indica que o caso em tela se funda na necessidade de se analisar qual direito fundamental deverá prevalecer face o caso concreto, eis que impossível a harmonização plena destes, se a saúde e a vida coletiva, com ênfase no atendimento prioritário das crianças e adolescente, ou se a liberdade de crença e consciência dos indivíduos (Brasil, 2020). Neste panorama esclarece-se que a vacinação compulsória não deve ser vista como sinônimo de vacinação forçada, uma vez que não é admissível o emprego de força física para constranger alguém a se vacinar. Outrossim, indica-se que existem outros mecanismos legais, tais quais a limitação de acesso a benefícios ou programas públicos, a imputação de penalidades pecuniárias e até mesmo a incidência do tipo penal previsto no artigo 268 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, 1940), para obrigar as pessoas a se vacinarem e a vacinarem seus filhos (Brasil, 2020).

Quanto à possibilidade da vacinação ser tida como um instrumento de utilização compulsória, o ministro pontua que em alguns casos é necessário que o Estado proteja o ser humano até mesmo contra si próprio, de modo a evitar que convicções pessoais levem a decisões equivocadas. De igual modo, a questão afeta à vacinação ultrapassa o plano da individualidade, eis que reflete de modo direto na saúde de toda a coletividade, especialmente quando constatados que os planos de imunização somente são capazes de alcançarem os efeitos esperados caso alberguem um número significativo de indivíduos. Por fim, o ministro pontua que o exercício do poder familiar

não autoriza que os pais coloquem em risco a saúde e integridade física de seus filhos (Brasil, 2020). Neste ponto, especificamente, o ministro indica que “é muito fácil perceber a distinção entre as escolhas existenciais que alguém faça para si e as escolhas existenciais que alguém faça como responsável por outrem, como é o caso dos pais em relação aos filhos menores”, haja vista que ao tomar decisões que afetam diretamente apenas a sua vida haverá que ser reconhecida a prevalência desta liberdade de escolha. De outro lado, quando a decisão surtir efeito no patrimônio jurídico de outra pessoa, a questão toma proporções diferenciadas, devendo ser avaliado qual o melhor interesse para aquele outro indivíduo ou até mesmo para a coletividade (Brasil, 2020). No que tange às escolhas realizadas pelos pais face aos seus filhos foi sustentado que “crianças são seres autônomos, embora incapazes; crianças não são propriedades dos pais”, logo, “se a convicção filosófica dos pais colocar em risco o melhor interesse da criança, é este último que deve prevalecer” (Brasil, 2020).

Tendo como base tais argumentos o STF avalizou a tese de que é ilegítima a recusa dos pais em vacinarem seus filhos com base em convicções filosóficas, religiosas, morais ou existenciais, desde que a vacina esteja incluída no PNI, haja consenso científico acerca da eficiência do agente imunizante, este se encontre regularmente registrado nos órgãos oficiais e haja determinação legal relativa à sua obrigatoriedade (Brasil, 2020).

Diante de tal decisão os recorrentes opuseram Embargos de Declaração visando obter o pronunciamento da Corte acerca do modo pelo qual a vacinação do infante deveria ser regularizada, mormente se as vacinas deveriam ser aplicadas todas de uma única vez, assim como se haveria a obrigatoriedade de acompanhamento médico após a imunização. Contudo, foi negado provimento a tal insurgência, eis que os temas em comento, embora relevantes, devem ser enfrentados pelo juízo da execução e não pelo STF, uma vez que não trazem em si matérias de índole constitucional, mas questões técnicas que devem ser analisadas por profissionais capacitados de modo a se preservar a saúde do infante e, simultaneamente, garantir a segurança e eficácia das vacinas que serão aplicadas (Brasil, 2020).

Face a tal pronunciamento, o STF, ainda que de modo implícito, manteve intacta a decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no que concerne ao modo pelo qual a vacinação obrigatória do infante poderá ser operacionalizada. Assim, além dos meios indiretos de impulsionamento à vacinação tratados explicitamente na decisão exarada pelo STF, tais como as limitações já narradas, a imposição de multas e a criminalização da postura daquele que se posiciona de modo contrário à imunização, emerge a possibilidade de ser suspenso temporariamente o poder familiar e determinada a busca e apreensão das crianças e adolescente para submissão ao PNI.

Conforme o artigo 1.637, *caput*, do Código Civil (Lei nº 10.406, 2002) “se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”. Assim, de acordo com a disciplina civilista, a abstenção dos responsáveis legais com relação a atos tendentes a assegurar a subsistência digna das crianças e adolescente poderá acarretar a suspensão do seu poder familiar, de modo que o Estado possa adotar as medidas necessárias para o atendimento do melhor interesse deste grupo vulnerável, tal qual ocorre com relação à imunização. De igual modo o ECA trata da questão afeta à suspensão do poder familiar em seus artigos 24 e 129, inciso X, sendo o procedimento a ser adotado em tais casos delineado nos artigos 155 *usque* 163 deste mesmo diploma legal (Lei nº 8.069, 1990). Assim, é claramente perceptível que os institutos previstos na disciplina civilista, a exemplo da questão afeta ao poder familiar, passaram a ser compreendidos sob o enfoque da dignidade humana, de modo que a tutela do Direito Civil, na qual o sujeito era visto como um elemento da relação jurídica, passa a se debruçar sobre a efetiva tutela do ser humano enquanto sujeito detentor de direitos fundamentais, de modo a lhe assegurar a mais ampla proteção em todas as perspectivas (Fachin, 2012).

Por fim, apesar do STF ter analisado a questão afeta à vacinação compulsória tanto sobre o enfoque das pessoas tidas como plenamente capazes, maiores de 18 (dezoito) anos de idade, com ênfase à imunização relativa à doença viral conhecida como Coronavírus, quanto à luz da tutela das crianças e adolescente ante a desídia de seus responsáveis legais, baseada em convicções de índole pessoal, o tema em apreço ainda possui amplo campo de debate, a exemplo das medidas concretas passíveis de aplicação em prol da implementação da compulsoriedade da imunização. Exemplificativamente cita-se o Projeto de Lei nº 3.842/2019, atualmente em trâmite na Câmara de Deputados, o qual visa criminalizar a conduta dos pais ou responsáveis legais que se absterem de realizar a vacinação das crianças e adolescentes que se encontrarem sob a sua responsabilidade.

Ademais, destaca-se a decisão exarada pelo STF em 25 de setembro de 2024, no âmbito dos Recursos Extraordinários nº 1.212.272 e 979.742, na qual foi estabelecido pensamento similar ao ora analisado com relação à impositividade de transfusões de sangue a Testemunhas de Jeová.

De todo modo, o STF, numa análise ampla do ordenamento jurídico pátrio, enfatizou a importância conferida aos direitos fundamentais relativos à dignidade humana, além de conferir um especial atendimento à tutela das crianças e adolescentes, hodiernamente compreendidas como sujeitos de direitos, passíveis de ampla proteção em prol da sua condição de seres humanos.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz das informações acima coligidas é possível se inferir que a polêmica relativa à obrigatoriedade da vacinação não é tema recente, haja vista o conflito de interesses existente entre os direitos fundamentais relativos à liberdade de crença e consciência e a saúde pública, sendo que tal problemática ganha destaque quando analisada com relação à compulsoriedade da imunização infanto-juvenil.

Os direitos fundamentais, apesar de possuírem uma relação direta com a dignidade humana, não se apresentam como absolutos, podendo ser sopesados quando colidirem com outros direitos de igual relevância, tal qual ocorre no caso em apreço. Nesta senda, apesar da estipulação de um plano de vacinação, sob a perspectiva negativa do direito à saúde, violar as liberdades individuais da população relativas ao seu direito de escolha, também se apresenta como um dever do Estado e da própria população sob um viés comunitário lastreado na ideia de solidariedade, ao passo que a não vacinação de uma pessoa, além de colocar em risco a sua própria saúde, também coloca em xeque a saúde e segurança da coletividade.

Neste ponto vê-se que ao se conceber a saúde como um direito básico do homem, sujeito à disciplina nacional dos direitos fundamentais e ao amparo internacional conferido aos direitos humanos, por via lógica, atribui-se característica similar às políticas públicas tidas como essenciais para a sua plena implementação, a exemplo do PNI, o qual, nesta linha, não pode ser suprimido em âmbito nacional, eis que comprovada cientificamente a sua eficácia.

A rejeição dos programas estatais de vacinação, além de terem como supedâneo questões de índole religiosa e filosófica, também se centram no medo que muitas pessoas possuem dos efeitos adversos decorrentes da vacinação, mormente diante da ausência de efetiva participação popular na elaboração dos planos de imunização e na insuficiente conscientização acerca dos benefícios e malefícios eventualmente advindos da imunização.

Diante do conflito de direitos acima indicado, o STF, impulsionado pela crise pandêmica instalada no plano global, debruçou-se sob a análise acerca da constitucionalidade da vacinação compulsória, tanto com relação a pessoas maiores de 18 (dezoito) anos de idade, especificamente com relação à imunização do vírus ensejador do Coronavírus, quanto de crianças e adolescentes.

Com relação à população vista como civilmente capaz, a Suprema Corte entendeu ser possível a imputação de penalidades indiretas àqueles que não se submeterem à imunização, afastando a ideia de vacinação com emprego de força física. Deste modo, foi reconhecida a prevalência da liberdade de escolha dos indivíduos, eis que dotados de plena consciência acerca das consequências advindas da não vacinação, tanto sob o ponto de vista médico quanto jurídico, este último relativo à limitação de acesso a determinados serviços ou políticas públicas e a não concessão de certos benefícios pecuniários assistenciais.

De outro lado, quando analisada a vacinação de crianças e adolescentes, o STF teve que avaliar o alcance das prerrogativas do poder familiar eis que este grupo não possui capacidade plena de autodeterminação, estando sujeito à intermediação de seus responsáveis legais, cujo posicionamento pode ir contra o melhor interesse deste grupo que se encontra em fase de desenvolvimento físico, psíquico e moral.

Neste ponto os ministros entenderam que o ordenamento pátrio se baseia na doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes, de modo que deverá sempre ser buscado o seu melhor interesse, o que no caso seria a imunização. Foi estabelecido que a capacidade civil de tal grupo deve ser analisada sob a perspectiva da dignidade humana, eis que estes constituem-se em sujeitos de direitos, titulares dos direitos fundamentais, e não meros elementos da relação jurídica vistos como propriedade de seus responsáveis. Assim, foi estabelecida como ilegítima a recusa à vacinação de crianças e adolescentes embasada em convicções pessoais de seus responsáveis legais, condicionando a obrigatoriedade da vacinação à inclusão do agente imunizante no PNI, na existência de consenso científico acerca da sua eficácia, bem como na existência de registro do agente nos órgãos oficiais e de lei determinando o uso.

Assim, com relação aos indivíduos maiores de 18 (dezoito) anos de idade, deverá prevalecer a sua liberdade de escolha, embora podendo estes serem sujeitos a sanções indiretas visando a alteração da sua postura, ao passo que a compulsoriedade com relação a crianças e adolescentes deve ser mantida, podendo ser suspenso temporariamente o poder familiar de modo a ser possibilitada a imunização.

Apesar das decisões exaradas pela Suprema Corte brasileira, o tema ainda gera diversos debates no campo jurídico, a exemplo da possível criminalização da conduta daqueles que se recusarem a vacinar seus filhos ou da limitação dos atos concretamente empregados em prol da vacinação compulsória, sendo certo apenas que a figura das crianças e adolescentes deve ser encarada sob o viés da dignidade que lhes é inata enquanto sujeitos de direito.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, C.L.Al., *et al.* A (não) vacinação infantil entre a cultura e a lei: os significados atribuídos por casais de camadas médias de São Paulo, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, vol. 33, no 2, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csp/a/NDSjRVcpw95WS4_xCpxB5NPw/?lang=pt. Acesso em 02 abr. 2025.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 maio 2025.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 15 mar. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 28 maio 2025.

BRASIL. **Decreto nº 78.231, de 12 de agosto de 1976.** Regulamenta a Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, que dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D78231.htm. Acesso em 10 maio 2025.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 16 maio 2025.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 20 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 15 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 14 jun. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 597, de 08 de abril de 2004.** Institui, em todo território nacional, os calendários de vacinação. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt0597_08_04_2004.html. Acesso em 25 jun. 2025.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.842/2019.** Tipifica criminalmente a conduta, de pais ou responsáveis, de omissão ou de contraposição à vacinação de crianças ou adolescentes, incluindo artigo no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210372>. Acesso em 26 jul. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020. Dje-063. Divulgado em 06/04/2021. Publicado em 07/04/2021. Brasília, 07 abr. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>. Acesso em: 23 mar. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6587. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020. Dje-063. Divulgado em 06/04/2021. Publicado em 07/04/2021. Brasília, 07 abr. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>. Acesso em: 23 mar. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.267.879. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020. Dje-064. Divulgado em 07/04/2021. Publicado em 08/04/2021. Brasília, 08 abr. 2021. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5909870>. Acesso em: 22 mar. 2025.

CORREIA, T.R.C. Considerações iniciais sobre o conceito de Direitos Humanos. **S. Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 10, n. 1, p. 98-105, 2005. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/767/1629>. Acesso em 18 jun. 2025.

DINIZ, M.H. **Código civil anotado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACHIN, L.E. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FALCÃO, L.P. Judicialização das demandas de vacinação em crianças e adolescentes: A busca pela efetivação do melhor interesse e proteção integral. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, vol. 6, n. 2, dezembro de 2020, p. 74-95. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/7165>. Acesso em 20 maio 2025.

FILÓ, M.da C.S.; ANK, J.G.T. A vacinação compulsória contra o SARS-COV-2 como instrumento concretizador do direito à saúde. **Revista Culturas Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 19, p. 149-172, 22 mar. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/49104/28996>. Acesso em: 18 jun. 2025.

LIMA, J.H. da S. A vacinação obrigatória na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, vol. 10, no 1, março de 2021, p. 233-47. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/762>. Acesso em 25 jun. 2025.

MEDEIROS, M.F. Os movimentos contra vacinação no Brasil e a lei da vacinação obrigatória: Uma análise crítica a partir dos direitos da criança e do adolescente a partir do risco de surtos epidêmicos de doenças infecciosas anteriormente controladas por cobertura vacinal. **Revista Dissertar**, v. 1, n. 32, 2019. Disponível em: <http://revistadissertar.adesa.com.br/index.php/revistadissertar/article/view/272/469>. Acesso em 19 jun. 2025.

OLIVEIRA, T.P.; OLIVEIRA, L.S.M. A imunização de crianças no Brasil: panorama jurídico e reflexão bioética. **Rev. Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 48, p. 227-243, 2020. Disponível em: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S188658872020000100016&lng=es&nrm=iso. Acesso 03 abr. 2025.

PAES, N.S.C.E. A vacinação obrigatória de crianças e de adolescentes em face da autonomia dos pais no exercício do poder familiar. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, p. 375-393, 18 maio 2019. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/6450>. Acesso em: 21 abr. 2025.

PINTO, R.S. **Vacinação Obrigatória: saúde pública versus discricionariedade parental**. 2018. 22 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Medicina, Universidade do Porto, Porto, 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10216/111981>. Acesso em: 25 mar. 2025.

RESENDE, J.R.V.; ALVES, C.L. A vacinação obrigatória como um dever jurídico decorrente do direito fundamental à saúde. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 129-148, aug. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69582>. Acesso em: 29 abr. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 15 jun. 2025.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 16 maio 2025.

O RACISMO ESTRUTURAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: REFLEXÕES A PARTIR DA RESOLUÇÃO CNJ Nº 598/2024

Andreia Garcia MARTIN¹
Camila CARVALHO²

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar criticamente a Resolução nº 598/2024 do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece diretrizes para julgamentos com perspectiva racial. Parte-se da constatação de que o racismo estrutural permeia o sistema judiciário brasileiro, impactando negativamente a população negra. Por meio de abordagem qualitativa, com revisão documental e análise normativa, o estudo investiga se a resolução CNJ nº 598/2024 representa um avanço institucional na promoção da igualdade racial no sistema de justiça. A pesquisa evidencia que, embora a normativa proponha diretrizes relevantes, sua efetividade depende da mudança cultural no interior do Judiciário, bem como da capacitação contínua de seus agentes e do enfrentamento de práticas discriminatórias consolidadas, buscando promover o rompimento com o racismo estrutural no sistema de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade racial; Discriminação institucional; Políticas judiciárias; Perspectiva interseccional; Justiça social.

ABSTRACT

This research aims to critically analyze Resolution No. 598/2024 of the National Council of Justice, which establishes guidelines for racially biased trials. It begins with the observation that structural racism permeates the Brazilian judicial system, negatively impacting the Black population. Using a qualitative approach, including document review and normative analysis, the study investigates whether CNJ Resolution No. 598/2024 represents an institutional advance in promoting racial equality in the justice system. The research highlights that, although the regulation proposes relevant guidelines, its effectiveness depends on cultural change within the Judiciary, as well as the ongoing training of its agents and the confrontation of entrenched discriminatory practices, seeking to promote a break with structural racism in the justice system.

KEYWORDS: Racial equality; Institutional discrimination; Judicial policies; Intersectional perspective; Social justice.

INTRODUÇÃO

1 Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUC/SP). Mestra em Direito, pela Instituição Toledo de Ensino em Bauru (ITE). Especialista em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa (Itália). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de São José do Rio Preto/SP (2002). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Minas Gerais - sob o n. 187.973. Tem experiência na área do Direito, dentre suas subáreas possui conhecimentos e desenvolvimentos em: Direitos Humanos, Direito Constitucional e Inclusão Social de Minorias e Grupos Vulneráveis, em especial as pessoas com Deficiência. Líder do Grupo de Pesquisa, certificado pelo CNPQ: IRIS (Igualdade, Reconhecimento e Inclusão Social: Minorias e Grupos Vulneráveis). Tem experiência acadêmica-profissional em gestão de educação superior, tutoria em educação a distância e docência do ensino superior. Atualmente é Professora Efetiva da Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Ituiutaba/MG do Curso de Direito, em que leciona a disciplina de Direito Constitucional e é Coordenadora do Curso de Direito da UEMG - Ituiutaba no biênio 2024-2026. Avaliadora de Curso "ad hoc" do INEP/MEC.

2 Possui graduação em Gestão de Recursos Humanos pela Universidade Norte do Paraná (2016), pós graduação Lato Sensu em Psicologia Organizacional pela Universidade Norte do Paraná (2021), atualmente Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais.

O racismo estrutural, está enraizado nas instituições brasileiras e tem influenciado de forma direta a atuação do Poder Judiciário. Esse problema vai além de casos isolados, ocorre de forma discreta e contínua, produzindo desigualdades raciais que se manifestam, inclusive, nas próprias decisões judiciais. A seletividade penal, por exemplo, demonstra a diferença no tratamento de pessoas negras e brancas diante de situações semelhantes, como destaca o estudo de Santos e Gomes (2022) ao analisar a construção histórica do negro como alvo do encarceramento em massa.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 598/2024 e do Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial, propôs diretrizes com o objetivo de orientar os magistrados a levar em conta questões raciais em suas decisões.

Essas normativas representam uma tentativa de reverter padrões institucionalizados de exclusão e, sobretudo, de viabilizar o acesso à justiça sob uma ótica mais igualitária, como explica Cappelletti e Garth (1988), ao afirmar que não basta garantir a formalidade do direito, mas sim possibilitar sua efetivação a todos, especialmente aos grupos historicamente marginalizados.

Esse trabalho visa analisar criticamente os efeitos práticos da Resolução nº 598/2024, investigando em que medida ela constitui um avanço real na superação das desigualdades raciais no sistema de justiça. Partindo da ideia de que o Judiciário não é neutro e que sua estrutura ainda carrega heranças coloniais, culturais e institucionais que naturalizam a inferiorização da população negra. Para isso, a pesquisa se baseia em autores como Adilson Moreira (2019), que critica a reprodução de estereótipos racistas no discurso jurídico.

O presente estudo, portanto, se insere em um contexto de urgência política e jurídica, no qual o enfrentamento do racismo institucional exige não apenas normas, mas uma mudança de padrão.

Dito isso, o objetivo geral deste estudo é analisar criticamente os efeitos práticos da Resolução nº 598/2024, investigando em que medida ela contribui para a diminuição real das desigualdades raciais no âmbito do Poder Judiciário, questionando assim se tais instrumentos legais têm sido suficientes para diminuir práticas judiciais que incluem, além de questionar os limites e as possibilidades de efetivação de uma justiça racialmente comprometida com os princípios constitucionais da dignidade e da igualdade.

A metodologia deste trabalho baseia-se em uma abordagem qualitativa, com o objetivo de analisar o racismo estrutural no Judiciário brasileiro a partir da Resolução CNJ nº 598/2024. A pesquisa é exploratória e descritiva, buscando compreender como essa norma contribui para o enfrentamento das desigualdades raciais no sistema judicial.

O estudo será baseado em autores que falam sobre racismo estrutural e desigualdade racial, como Adilson Moreira, além de textos que discutem o papel do Judiciário na promoção da

igualdade e da justiça social.

A partir desse estudo será possível analisar de forma crítica a atuação do Judiciário diante das demandas raciais.

As fontes de pesquisa incluem documentos normativos, como a Constituição Federal de 1988, a Resolução CNJ nº 598/2024 e tratados internacionais de direitos humanos. Além disso, serão considerados dados estatísticos sobre a desigualdade racial no sistema de justiça.

A análise se pautará na revisão documental da resolução e do Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial, avaliando seus objetivos, princípios e diretrizes, assim como pela análise crítica do discurso presente em decisões e documentos oficiais para identificar possíveis vieses raciais.

Também será realizada uma comparação entre as orientações da resolução e a realidade observada em casos concretos, buscando compreender os avanços e os desafios para a implementação efetiva da perspectiva racial no Judiciário.

Embora o estudo seja restrito à análise bibliográfica e documental, sem a coleta de dados empíricos, acredita-se que essa metodologia é adequada para proporcionar uma reflexão aprofundada sobre o racismo estrutural no Judiciário e o papel da Resolução CNJ nº 598/2024 como instrumento de combate a essas desigualdades.

1 O RACISMO ESTRUTURAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

No contexto brasileiro, os estereótipos têm raízes profundas na história de colonização e escravidão. Desde a chegada dos colonizadores europeus, os povos indígenas e africanos foram submetidos a um processo de desumanização, que persiste até hoje.

Esses estereótipos foram utilizados para justificar a exploração e a opressão, perpetuando uma imagem negativa e inferiorizada dessas populações. Mesmo após a abolição da escravidão, os preconceitos raciais persistiram, refletindo-se nas relações sociais e no sistema de justiça.

Para uma análise crítica do sistema de justiça no Brasil, é preciso entender como o racismo estrutural se insere na prática institucional e no discurso normativo.

Para Eduardo Bonilla-Silva, um sociólogo internacionalmente reconhecido, nascido em 1968 em Porto Rico, e que foi presidente da American Sociological Association (ASA)³ em 2018, sendo uma das suas principais contribuições o conceito de racismo estrutural.

Em uma recente entrevista realizada por Por Luiz Augusto Campos e Marcia Lima com

3 A American Sociological Association (ASA) é a principal entidade profissional dedicada ao estudo da sociologia nos Estados Unidos, fundada em 1905. Promove o desenvolvimento da pesquisa sociológica, publica periódicos científicos e estabelece padrões acadêmicos como o ASA Style Guide. Atua ainda no debate público por meio de ações voltadas à justiça social, à equidade e aos direitos humanos.

Eduardo Bonilha ele falou sobre estruturação do racismo no mundo de hoje, conceituando o racismo estrutural como:

[...] um conjunto de práticas nos níveis econômico, político, social e até psicológico, destinadas a manter vantagens sistêmicas para o grupo racializado como branco e a manter os grupos classificados como não brancos sob controle e numa posição de subordinação. Compreender que o racismo é estrutural significa que os nossos problemas raciais não são uma questão de alguns indivíduos preconceituosos, mas uma manifestação coletiva e social.”(BONILLA-SILVA, 2024, p. 263).

As estruturas jurídicas brasileiras foram estruturadas para garantir a preservação da ordem social escravocrata, com o controle da população negra, desde o período colonial, o sistema jurídico veio desde então servindo de ferramenta de exclusão e marginalização, sistema esse que deveria promover a igualdade. LOURENÇO (2023, p. 82) afirma que:

O estado, que possui soberania quanto à proteção dos indivíduos e é o responsável por garantir dignidade social a essa parcela da população, e que seria o agente capaz de operar as instituições de modo a minimizar as desigualdades, não têm operado de maneira a combater as desigualdades de forma eficaz.

Nem a Constituição de 1891⁴, tampouco a abolição da escravidão em 1988 trouxeram políticas de inclusão a população negra, que foram deixados à própria sorte, sem acesso à terra, educação ou oportunidades de trabalho digno, perpetuando a marginalização. Uma Constituição que mesmo pautada em princípios como a igualdade, imparcialidade, a legalidade e a universalidade, não é neutra.

Como aponta Adilson Moreira, essa falsa neutralidade está longe de ser neutra: ela frequentemente opera em favor da manutenção da ordem racial estabelecida. E ainda:

Essa forma de política cultural possibilita a preservação de narrativas sociais baseadas na noção de neutralidade racial, elemento responsável pela manutenção de uma imagem positivados membros do grupo racial dominante que praticam crimes de injúria e racismo. (MOREIRA, 2019, p. 95)

Os dados do encarceramento no Brasil, que serão apresentados logo adiante, mostram que além de punir pessoas negras com maior frequência a seletividade penal, unida ao racismo estrutural e estereótipos raciais levam juízes a atribuir maior periculosidade a indivíduos negros com base em condutas genéricas ou linguagem criminalizante, demonstrando que os julgamentos podem muitas vezes ser influenciados pela raça.

Neste sentido, Sergio Salomão Shecaira (2019) argumenta que:

O sistema punitivo é seletivo e estigmatizante. Ele visivelmente cria e reforça as desigualdades. A clientela habitual do sistema penal é formada por aquelas pessoas que têm problemas com a lei, não por praticarem mais crimes do que os outros, mas porque o controle social formal é discriminatório. (2019, p. 392).

4 A Constituição de 1891, primeira da era republicana, não reconheceu direitos específicos à população negra recém-liberta e também excluiu a participação política dos analfabetos, o que afetou diretamente os negros, que tinham sido mantidos à margem da educação formal.

Problemas enfrentados pela população negra, como racismo, violência e falta de acesso a direitos, são muitas vezes ignorados ou diminuídos e vistos como casos isolados. Não são desvios individuais, mas sim reflexos de estruturas excludentes.

E essa normalização que as problemáticas raciais são compreendidas é o que dificulta ainda mais políticas realmente eficazes para uma justiça justa. Segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 28):

Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.

A realidade da aplicação penal está influenciada pela lógica racial, observamos uma sociedade onde pessoas negras recebem penas mais severas por crimes semelhantes aos cometidos por pessoas brancas, e ainda, são mais frequentemente processadas sem acesso a defesa qualificada, com menos oportunidades de progressão penal e em condições prisionais mais precárias. Esse padrão seletivista precisa ser modificado, neste sentido, aduz o Conselho Nacional de Justiça (2024, p. 102) que:

Essa falsa correlação entre negritude e criminalidade há de ser enfrentada porque resgata as premissas do positivismo criminológico lombrosiano para reeditar a figura do “criminoso nato” que legitima a aplicação de um Direito Penal do Autor, cujas feições intrinsecamente autoritárias são incompatíveis com um Estado Democrático de Direito.

Por fim, o racismo estrutural mostra seu impacto no perfil de encarcerados e como esse grupo é afetado pelas ações do judiciário. E esse cenário não é por acaso, mas sim resultado de um ciclo institucional que identifica determinados perfis como suspeitos e desviantes, perpetuando uma lógica racial de exclusão.

Eis que, vislumbramos ser necessário sair dessa concepção de neutralidade e promover ações realmente eficientes para enfrentar o racismo e somente com políticas realmente transformadoras, como o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial e ações afirmativas dentro da Justiça é que podemos avançar rumo a uma justiça mais justa.

2 A RESOLUÇÃO CNJ Nº 598/2024 E O PROTOCOLO

A Resolução nº 598/2024 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), acompanhada do Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial, representa um grande marco nas diretrizes judiciais, agora voltadas para o enfrentamento do racismo estrutural no sistema de justiça brasileiro. Essas iniciativas surgiram de uma crescente mobilização social, de grandes debates na sociedade e na produção acadêmica, que a partir de estudos e indicadores, puderam demonstrar como as desigualdades raciais permanecem profundamente enraizadas nas práticas judiciais e nas

instituições.

Especialmente em matéria penal, podemos observar pelos próprios dados do SENAPPEN que a população negra é impactada de forma desproporcional visto isso a importância em reformular as dinâmicas no funcionamento do sistema de justiça, visando a equidade racial, assim, “é essencial que o Poder Judiciário atue contra a reprodução do racismo, em suas distintas dimensões, considerando suas interseccionalidades com questões de gênero, sexualidade, idade, deficiência, orientação religiosa e origem.”(CNJ, 2024)

A Resolução nº 598/2024 foi criada com a proposta de orientar juízes e demais profissionais do Judiciário a levarem em conta a questão racial em suas decisões e na condução de seus trabalhos. Partindo da ideia que o racismo não se limita a atitudes isoladas, mas está inserido nas rotinas institucionais de forma discreta e contínua.

A criação desta resolução não significa criar uma nova lei, e sim interpretar as que já existe levando em consideração as desigualdades raciais que afetam diretamente os envolvidos nos processos.

Com isso, a Resolução busca aproximar o sistema de justiça dos princípios da Constituição, como o direito à igualdade e a rejeição de qualquer forma de discriminação.

Diante da necessidade de enfrentar o racismo nas estruturas judiciais, o protocolo apresenta objetivos claros que são:

a) fomentar o acesso à justiça, aprimorando o tratamento às(aos) jurisdicionadas(os), sobretudo daquelas(es) cuja realidade difere da realidade vivida por quem julga os processos;

b) incentivar a magistratura a refletir sobre as suas concepções e ampliar o espaço de escuta qualificada para as circunstâncias apresentadas pelos(as) jurisdicionados(as);

c) assegurar que todos os relatos do processo sejam considerados com igual relevância e peso na conformação do entendimento dos fatos;

d) otimizar a prestação jurisdicional, inclusive por intermédio de equipes multidisciplinares quando tal medida for necessária para garantir um ambiente seguro e confiável para a participação das partes e testemunhas no processo;

e) despertar a percepção de julgadores(as) para as condições materiais e simbólicas que incidem sobre os fatos e conflitos em análise, o que pode alterar significativamente a compreensão das motivações, dos silêncios e do impacto das hierarquias institucionais sobre os relatos produzidos;

f) expandir os parâmetros normativos das decisões judiciais, com o recurso às legislações internas e internacionais de promoção da equidade racial;

g) ampliar o compromisso com uma comunicação que promova a exata compreensão dos

efeitos de cada etapa do processo para todas as pessoas envolvidas;

h) ampliar a perspectiva de julgadores(as) nos processos sob a sua responsabilidade, baseando-se nas premissas constitucionais que ressaltam o dever do Estado de garantir direitos e aplicar mecanismos necessários para erradicar todas as formas de violações de direitos

A Resolução nº 598/2024 e do Protocolo é de suma importância e busca romper com a ideia de neutralidade, e demonstra a real necessidade de considerar os marcadores sociais e a vida dos sujeitos.

E ainda é uma iniciativa que reconhece o racismo como uma variável relevante na aplicação do direito, demonstrando que o Judiciário brasileiro não pode permanecer inerte às desigualdades que ele próprio ajuda a reproduzir.

A simples existência das diretrizes não garante sua aplicação, é necessário comprometimento dos atores judiciais com a transformação institucional. Será necessário desenvolver mecanismos de monitoramento, incentivos à adesão e avaliação dos impactos gerados pelas novas práticas.

3 RACISMO EM NÚMEROS

Ao analisar a composição racial da população brasileira e da população carcerária, observa-se efeitos concretos do racismo estrutural nas instituições de justiça e segurança pública. Neste sentido, Nilo Batista (2011) diz que,

O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas (p. 26)

A tabela a seguir mostra os dados da população carcerária brasileira entre os anos de 2020 e 2023, organizados por cor/raça. Esses dados demonstram de forma clara, a predominância de pessoas negras no sistema prisional, representando mais de 66% dos encarcerados em todos os anos analisados.

Essa disparidade racial revela muito mais do que números, ela expõe os efeitos concretos do racismo estrutural, que se manifesta nas instituições de justiça e segurança pública, impactando desproporcionalmente determinados grupos sociais. Esses dados sustentam o debate sobre desigualdade racial e também reforçam a necessidade de políticas públicas que sejam realmente eficientes para sanar injustiças do passado.

Ano	Negra (abs e %)	Branca (abs e %)	Amarela (abs e %)	Indígena (abs e %)
2020	397.816 (66,3%)	195.085 (32,5%)	5.864 (1,0%)	1.167 (0,2%)

2021	429.255 (67,5%)	184.682 (29,0%)	19.012 (3,0%)	3.245 (0,5%)
2022	442.033 (68,2%)	197.084 (30,4%)	7.139 (1,1%)	1.603 (0,2%)
2023	472.850 (69,1%)	203.126 (29,7%)	6.721 (1,0%)	1.671 (0,2%)

Tabela 4: População Carcerária no Brasil por Cor/Raça (2020–2023): Dados em Números Absolutos e Percentuais: Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública/SENAPPEN (2024)

A leitura da tabela evidencia uma tendência crescente de encarceramento da população negra, que ultrapassa 69% em 2023. Essa disparidade não pode ser interpretada de forma isolada como um reflexo de maior propensão ao crime, mas também deve ser interpretada como a máquina estatal pode operar por meio de mecanismos institucionais seletivos, estigmatizantes e desiguais.

Um dos exemplos que é comum na sociedade brasileira é a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006). Estudos demonstram que em situações semelhantes de flagrante, pessoas brancas são frequentemente classificadas como usuárias, enquanto pessoas negras são enquadradas como traficantes, resultando em penas mais severas, maior tempo de prisão preventiva e menor acesso a benefícios penais. Aspectos estruturais e institucionais continuam perpetuando a desigualdade. Pires (2013, p. 257) afirma:

O racismo institucional, aquele que pode ser experimentado e observado pela atuação das instituições, decorre necessariamente do alto grau de naturalização da hierarquia racial e dos estereótipos que inferiorizam determinado grupo enquanto afirmam a superioridade de outro.

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial, instituído pelo CNJ em 2024, reconhece essa distorção e orienta magistrados a considerar os impactos da desigualdade racial na análise dos fatos, provas e consequências jurídicas.

Recomendando a observância das seguintes diretrizes para valoração da prova e julgamento:

- a) identificar vulnerabilidades, como raça ou etnia, por meio da autodeclaração ou da auto identificação, preferencialmente, desde a análise da petição inicial. Nesse momento, se necessário, recomenda-se solicitar dados sensíveis indispensáveis para a compreensão das violências estruturais presentes, eventualmente, no caso concreto (raça, etnia, gênero, idade, classe social etc);
- b) reconhecer a presença de vieses de raça e gênero, que atribuem às mulheres negras a predominância no desempenho das tarefas no ambiente interno, concernentes ao cuidado e outros afazeres domésticos;
- c) considerar o trabalho desempenhado dentro e fora do contexto for Conselho Nacional de Justiça Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial mal, sob pena de prejudicar o direito a benefícios previdenciários para a população negra que, expressivamente, desempenha atividades

informais, sem registros na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS);

d) na análise da qualidade de segurado(a) e carência do benefício previdenciário pleiteado, garantir que todos os elementos relevantes para a solução do caso concreto sejam considerados, atentando-se para desigualdades históricas que impõem dificuldades na obtenção de vínculos formais de emprego pelas pessoas negras;

e) reconhecer e valorar as contribuições feitas por pessoas negras em atividades não formalizadas e precarizadas, ajustando a avaliação das provas, em conjunto, para refletir a realidade dessas contribuições, de modo a incluí-las no cômputo do período contributivo quando confirmadas por meios probatórios diversos dos registros formais de trabalho;

f) na avaliação de benefícios por incapacidade (previdenciários e assistenciais), afastar as conclusões dos laudos periciais que desconsideram o trabalho doméstico como um esforço significativo ou quando apontarem para capacidade laboral incompatível com a realidade fática, porque dissociadas do conjunto probatório e permeadas por vieses de raça e gênero, tais como a de que pessoas negras são mais resistentes à dor, ou mulheres são destinadas ao trabalho doméstico/ atividades de cuidado;

g) admitir a produção de diversos tipos de provas, além das previstas pelo art. 106 da Lei nº 8.213/1991, incluindo provas testemunhais e documentais não tradicionais (ex.: vídeos e fotos), para reconhecer a condição de segurada especial das trabalhadoras rurais negras;

h) alinhar a interpretação do art. 11 da Lei nº 8.213/1991 com a Constituição Federal, garantindo que não se excluam seguradas negras por não trabalharem “diretamente” nas atividades rurais, ampliando esta atividade de modo a abarcar o trabalho invisibilizado de produção e reprodução nos contextos de ruralidades, como cuidados com a casa, filhos, comida, animais domésticos, horta, entre outros;

i) valorar a documentação em nome de terceiros para seguradas negras solteiras, especialmente, quando a documentação for compatível com depoimentos e outros elementos de prova acerca da qualidade de segurada especial;

j) atentar-se para que o desempenho eventual ou concorrente de atividades precárias ou “bicos” – como manicure, diarista, motorista eventual ou faxineira, por exemplo – não descaracterize ou suprima a qualidade de segurado(a) especial. Na avaliação das provas e julgamento das Conselho Nacional de Justiça 140 Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial ações sobre benefícios previdenciários, deve-se considerar a afetação sazonal da atividade rural em conjunto com a relevância do trabalho desempenhado pelo(a) segurado(a) especial para a própria manutenção e do respectivo grupo familiar, em regime de subsistência;

k) em audiência, formular perguntas em linguagem simples, evitando expressões que

reforcem discriminações e estereótipos sobre o trabalho das pessoas negras, em especial, das mulheres negras, historicamente, localizadas na atividade informal, precarizada e de baixa remuneração; e l) compreender o fenômeno da judicialização dos pedidos de benefícios previdenciários em termos de estereótipos e vieses de raça e gênero, priorizando soluções estruturais para enfrentar demandas repetitivas

Portanto, os números não apenas demonstram a desigualdade mas reforçam a necessidade de o Judiciário reconhecer sua própria implicação na reprodução dessas disparidades e assumir o compromisso de julgar com sensibilidade social e essas diretrizes visam romper com a lógica punitivista racializada que historicamente marca o sistema penal brasileiro.

4 DESAFIOS E PERSPECTIVAS

O reconhecimento da existência do racismo estrutural nas instituições, foram fundamentais para a promulgação da Resolução CNJ nº 598/2024 e do Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial, demonstrando a real necessidade de rever os padrões normativos e operacionais do sistema de justiça. No entanto, é necessário que essas condutas deixem o plano utópico e se tornar cada vez mais efetivas, embora que haja obstáculos a serem enfrentados.

Um dos entraves mais profundos diz respeito à cultura institucional enraizada nos órgãos judiciais, e para modificar essa lógica vai além de implantar normativas, mas requer a desconstrução de estereótipos e de narrativas racistas que estão na base do pensamento jurídico. Muitos magistrados e servidores com formação mais tradicional podem se colocar contrários à normativa devido seus valores pessoais internalizados.

A Resolução só ganha vida quando as pessoas que fazem parte do sistema de justiça se envolvem de forma genuína, desde Juízes, promotores, defensores públicos, até servidores técnicos, ou seja, as decisões devem ser tomadas com sensibilidade racial, escutar com abertura e atenção às experiências trazidas pelas partes, reconhecer as histórias marcadas pelo racismo estrutural e estar disposto a revisar práticas que, embora pareçam comuns, perpetuam desigualdades há muito tempo naturalizadas.

Segundo Baratta (1999), a formação dos juízes deve abordar as desigualdades raciais e sociais, considerando seu papel na perpetuação ou desconstrução de estereótipos no sistema penal. Isso inclui a sensibilidade para reconhecer quando a discriminação racial pode estar influenciando os processos judiciais e as sentenças.

A mudança necessária só será realmente possível com estratégias reais como fóruns permanentes de discussão, núcleos internos de equidade racial e incentivo à pesquisa aplicada, e essa mudança deve acontecer desde a na sala de audiências ou até na redação de uma sentença,

havendo assim uma capacitação contínua, provocando reflexões que promovam o reconhecimento de privilégios e desconstruir estereótipos.

Observa-se que não há um monitoramento preciso, e portanto, não há como se saber se a Resolução está sendo aplicada de forma efetiva e seus reais impactos gerados. Uma alternativa seria relatórios anuais e auditorias que permitam diagnosticar as práticas judiciais com perspectiva racial em todo o país, e assim, a longo prazo verificar se houve uma real mudança nas decisões judiciais e no trâmite processual em um modo geral.

Além disso, é fundamental envolver a sociedade civil nesse processo de controle, garantindo transparência, diálogo e responsabilização. As próprias organizações negras, movimentos sociais e universidades têm papel fundamental neste processo, para garantir transparência e diálogo, e ainda fiscalizar, denunciar retrocessos e propor aprimoramentos.

É preciso reconhecer que nenhuma norma por si só vai erradicar o racismo estrutural, mas a Resolução é uma ferramenta valiosa, no enfrentamento ao racismo, que demanda um esforço conjunto entre instituições, a manutenção de compromissos políticos ao longo do tempo e a participação ativa de diferentes setores da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma sociedade racista como a nossa é difícil garantir um tratamento igualitário pela justiça, visto que esse direito é frequentemente violado no Brasil, o que evidencia uma aplicação desigual da lei entre pessoas negras e brancas.

Segundo o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial (CNJ, 2024), diante do mesmo comando normativo, pessoas negras e brancas enfrentam consequências penais distintas. Na aplicação da lei de drogas, por exemplo, pessoas brancas são frequentemente classificadas como usuárias, enquanto pessoas negras são, na maioria dos casos, enquadradas como traficantes, sofrendo penalizações mais severas.

A análise do Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial e da Resolução CNJ nº 598/2024 revela um importante compromisso do Poder Judiciário com a superação do racismo estrutural, buscando assegurar uma justiça mais inclusiva e equitativa. Essas normativas são fundamentais para promover uma atuação judicial que reconheça as desigualdades raciais e combater práticas discriminatórias, historicamente reproduzidas no sistema de justiça brasileiro.

Os dados do Censo IBGE de 2022 reforçam a urgência dessa abordagem, evidenciando que mais da metade da população brasileira é composta por pessoas negras (BRASIL, 2022). Eles indicam que, ao implantar essas normativas, o CNJ busca corrigir práticas discriminatórias, mas também transformar a cultura institucional, promovendo uma mudança estrutural no modo como o

Judiciário entende e aplica o direito em questões raciais.

Tal realidade demanda do Judiciário não apenas uma aplicação técnica da lei, mas uma atuação sensível às especificidades históricas e sociais que impactam esses grupos.

Mesmo que os avanços normativos sejam evidentes, o sucesso das medidas propostas dependerá de sua implementação efetiva, do comprometimento contínuo dos operadores do Direito e de uma mudança cultural no Judiciário, que deve superar preconceitos e promover uma visão de justiça que considere as particularidades raciais. Assim, conclui-se que o protocolo e a resolução não apenas consolidam um marco institucional no combate ao racismo, mas também inauguram um desafio contínuo de transformação no acesso e na prestação da justiça no Brasil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vitor Luiz de; MARTINS, Leonardo Oliveira Silveira Santos. A perpetuação do racismo estrutural e institucional por meio da invisibilização da pessoa preta e da sua história nos centros hegemônicos de exercício dos poderes da União. **Revista Direitos, Trabalho e Política Social**, Cuiabá, v. 9, n. 16, p. 26–52, jan./jun. 2023. DOI: 10.56267/rdtps.v9i16.14895.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BONILLA-SILVA, Eduardo. As transformações do racismo estrutural: entrevista com Eduardo Bonilla-Silva. Entrevista concedida a Luiz Augusto Campos, Marcia Lima e Gabriel Delphino. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, São Paulo, v. 36, n. 2, p. 261–271, 2024. Disponível em: Tempo Social – Portal de Revistas da USP. Acesso em 21 de julho de 2025.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Protocolo para julgamento com perspectiva racial**. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/11/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-racial-1.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2025.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 598 de 2024**. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Res_598_2024_CNJ.pdf. Acesso em: 18 jun. 2025.

BRASIL. IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2022**. Rio de Janeiro: IBGE, 2022

BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Número de réus negros em crimes por tráfico de drogas no Brasil é duas vezes superior ao de brancos**. Brasília: IPEA, [s.d.]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/14107-numero-de-reus-negros-em-crimes-por-trafico-de-drogas-no-brasil-e-duas-vezes-superior-ao-de-brancos>. Acesso em: 9 jan. 2025.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2024–2027. Brasília: MJSP/SENAPPEN, 2024. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/composicao/cnpscp/plano_nacional/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2024-2027.pdf. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (TRF1). **Protocolo do CNJ orienta atuação do Judiciário em julgamentos com perspectiva racial**. Brasília: TRF1, 2024. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br/trf1/noticias/protocolo-do-cnj-orienta-atuacao-do-judiciario-em-julgamentos-com-perspectiva-racial->. Acesso em: 18 jun. 2025.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo**: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Orientadora: Profª. Gisele Guimarães Cittadino. Volume I. Acesso em 18 Junho de 2025.

SANTOS, Ana Paula dos; SILVA, Marcos Vinícius da. A perpetuação do racismo estrutural e institucional por meio da invisibilização da pessoa preta e da sua história nos centros hegemônicos de exercício dos poderes da União. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Cuiabá, v. 10, n. 2, p. 124–140, 2024. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/rdtps/article/view/14895/12404>. Acesso em: 21 jul. 2025.

SANTOS, Renan Daniel Trindade dos; GOMES, Marcus Alan Melo. A construção histórica do negro como alvo do encarceramento em massa no Brasil. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 1225–1255, dez. 2022. DOI: 10.12957/rqi.2022.59784. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/download/59784/44509/253760>. Acesso em: 18 jun. 2025.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Prefácio de Alvino Augusto de Sá.

(OVER)SHARENTING: QUANDO COMPARTILHAR A IMAGEM DOS FILHOS GERA O DEVER DE REPARAR?

Ana Júlia Oliveira MACHADO¹

Paulo Roberto BRAGA JUNIOR²

Ruan Ricardo Bernardo TEODORO³

RESUMO

A presente pesquisa busca oferecer uma análise sobre a exposição, também chamada de “*sharenting*”, e superexposição, também chamada de “*oversharenting*”, de fotos e vídeos de crianças e adolescentes na era digital pelos próprios pais. Tais práticas colocam em evidência o conflito entre o direito à privacidade da criança e a liberdade dos pais em compartilhar a vida dos filhos de forma *online*. Parte-se da hipótese de que a exposição precoce e abusiva, em redes sociais, de fotos e vídeos dos filhos, sem considerar seu consentimento quando possuírem idade para tanto, causa danos potenciais à intimidade e privacidade de crianças e adolescentes. A partir de análise bibliográfica de livros, artigos, legislações, jurisprudências e outros estudos publicados em meios físicos e digitais, encontrou-se suporte à potencial análise pelo Judiciário da responsabilidade civil dos pais diante dessa exposição e posterior reparação do dano causado aos filhos.

PALAVRAS-CHAVE: Sharenting; Privacidade; Responsabilidade Civil.

- 1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) desde 2021, com formação em Inglês Acadêmico para Artigos Científicos pelo programa Paraná Fala Idiomas (PFI 2021). Desde 2024, atua como estagiária no Gabinete da Vara de Família, Sucessões e Anexos do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Foi bolsista do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e da Juventude (NEDDIJ/UENP 2023). Nos anos de 2022 e 2023, integrou o grupo de pesquisas INTERVEPES, desenvolvendo estudos sobre efetividade de direitos e garantias fundamentais. Desde 2025 integra o Grupo de Pesquisa em Direitos: Estado e Bioética, desenvolvendo estudos sobre políticas públicas a partir de uma abordagem bioética. Entre 2022 e 2024, participou de projetos de extensão voltados ao atendimento jurídico e à promoção do acesso à justiça, com foco na proteção de direitos trabalhistas e infantojuvenis, atuando no Escritório Modelo UENP com atividades relativas aos Direitos Trabalhistas e no NEDDIJ/UENP. É autora de capítulos de livros e trabalhos apresentados em eventos científicos nacionais, abordando direitos da criança e do adolescente, reforma trabalhista, direitos da mulher gestante e superexposição digital.
- 2 Doutorando em Estudos da Linguagem, na Universidade Estadual de Londrina - UEL, com pesquisa voltada aos estudos sobre análise do discurso político. Mestre em Ciência Jurídica, na linha de pesquisa Estado e Responsabilidades, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP. Possui graduação em Direito pela UENP - Campus de Jacarezinho e licenciaturas em Letras e em Geografia pela Universidade Metropolitana de Santos. Possui especializações em: Direito do Trabalho (UNINTER/2013), em Educação e Sociedade (Instituto Federal do Paraná/2017), em Mídias na Educação (UNICENTRO/2018), em Gestão Pública (UEPG/2018) e em Língua, Ensino e Interculturalidade (UEPG/2024). Servidor público, trabalha no Cartório Eleitoral de Jacarezinho - Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Foi professor e tutor da graduação em Administração Pública pela UEPG/UAB e das graduações em Letras e em Pedagogia da UEM/UAB. Atualmente, atua como professor no curso de Direito da UENP e professor tutor na graduação em Gestão Pública, da UENP. Participa dos grupos de pesquisa "Políticas Públicas e efetivação dos Direitos Sociais" e "GP CERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais", cadastrados no CNPQ, pela UENP. É membro da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos -ReBEDH. Tem experiências nas áreas do Direito e da Educação. Os principais interesses de pesquisa, em Educação, voltam-se para Teorias da Aprendizagem, Escrita e Produção Textual. Na área do Direito, dedica-se aos estudos sobre Direito Administrativo e Políticas Públicas, Direitos da Criança e do Adolescente, Adolescentes em Conflito com a Lei e Teoria Crítica dos Direitos Humanos.
- 3 Graduando da Universidade do Norte Pioneiro do Paraná (UENP) na área de Direito. Foi bolsista pelo Programa de Bolsas de Ações Afirmativas e Inclusão Social (PIBIS), financiado pela Fundação Araucária (FA) de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná, atuando no Núcleo de Atividades Trabalhistas (NUTRABB) da UENP, entre abril e julho de 2022. Foi estagiário de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná entre agosto de 2022 e agosto de 2024. É estagiário no escritório de advocacia "Patrial Advocacia" na cidade de Ribeirão do Pinhal/PR.

ABSTRACT

This research aims to analyze the exposure, also known as "sharenting," and overexposure, also known as "oversharing," of photos and videos of children and adolescents in the digital age by parents themselves. Such practices highlight the conflict between children's right to privacy and parents' freedom to share their children's lives online. The hypothesis is that the early and abusive exposure of children's photos and videos on social media, without considering their consent when they are of age, causes potential harm to the privacy and intimacy of children and adolescents. Based on a bibliographic analysis of books, articles, legislation, case law, and other studies published in physical and digital media, we found support for the potential judicial analysis of parents' civil liability for this exposure and subsequent compensation for the harm caused to their children.

KEYWORDS: Sharenting; Privacy; Civil Liability.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca oferecer uma análise sobre a exposição de crianças e de adolescentes que cresceram na era digital e estão inseridas em uma realidade em que o acesso à internet se tornou universal e imediato. Com essa acessibilidade, é cada vez mais comum a divulgação em redes sociais de fotos e vídeos de filhos pelos próprios pais, prática que leva à banalização do direito à imagem e, muitas vezes, abre espaço para a exploração digital e o cometimento de abusos.

A questão da superexposição digital infantil coloca em evidência o conflito entre o direito à privacidade da criança e a liberdade dos pais em compartilhar a vida dos filhos de forma *online*. A legislação nacional prevê que crianças e adolescentes, como sujeitos de direitos, devem ser protegidos tanto por seus responsáveis, quanto pelo Estado e pela sociedade. Tais dados oferecem suporte a hipótese de que a exposição precoce e abusiva, promovida pelos pais, em redes sociais, causa danos potenciais à intimidade e privacidade de crianças.

Diante do exposto, definiu-se como objetivo desse estudo analisar o fenômeno do *sharenting*, ou seja, o compartilhamento da vida das crianças nas redes sociais pelos responsáveis, evidenciando a responsabilidade civil dos pais diante dessa exposição. O tratamento desse tema justifica-se diante da necessidade de atenção e respeito ao desenvolvimento saudável e à privacidade na infância.

A pesquisa está assim estruturada: na primeira parte propõe-se uma caracterização do *sharenting* e suas consequências, tais como o comprometimento da privacidade e da segurança digital de crianças. Na segunda parte, explicita-se como os excessos dessa exposição podem ocasionar o que se chama de *oversharenting*, e como isso conflita diretamente com direitos assegurados legalmente. Na terceira parte, verifica-se a responsabilidade civil dos pais em decorrência da superexposição da vida privada dos filhos na internet e seus possíveis

desdobramentos.

No que se refere ao percurso metodológico, esta pesquisa se classifica como bibliográfica, pois parte da leitura e análise de livros, artigos e outros estudos e legislações pertinentes são tema, os quais permitiram identificar a relevância da proteção da infância no ambiente virtual.

1.SHARENTING E AS CONSEQUÊNCIAS DA EXPOSIÇÃO DOS DADOS SENSÍVEIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

Com a ampla disseminação das redes sociais no século XXI, impulsionada sobretudo pelo crescente acesso da população aos dispositivos móveis, somada à necessidade constante de estar conectado e à dependência cada vez maior da internet nas esferas pessoal, social e profissional, o compartilhamento de informações, imagens e rotinas tornou-se uma prática cotidiana no ambiente digital.

A população global encontra-se diariamente conectada por meio das mídias sociais, onde divulga aspectos íntimos da vida, como momentos do cotidiano, fotografias próprias ou de terceiros, conquistas pessoais, localizações e diversos dados que refletem sua individualidade. Uma pesquisa realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, em 2024, levantou que em duas décadas, a população conectada à internet no Brasil saltou de 13% (treze por cento) para 85% (oitenta e cinco por cento), demonstrando que cerca de 159 milhões de habitantes brasileiros estão imersos no ambiente digital (CETIC, 2024).

Diante desse cenário, torna-se possível compreender a amplitude da visibilidade que uma simples postagem em uma rede social pode alcançar. A partir do momento em que uma foto ou informação é compartilhada na internet, perde-se, em grande medida, o controle sobre sua difusão e sobre os caminhos que ela poderá seguir na vasta e imprevisível esfera virtual.

Entre os diversos tipos de conteúdo compartilhados nas redes sociais, destaca-se a prática, cada vez mais comum, de pais e responsáveis utilizarem os meios digitais para divulgar informações, imagens e dados de um grupo particularmente sensível e vulnerável: crianças e adolescentes. Mais do que simplesmente registrar momentos em família, muitos optam por expor aspectos da individualidade, do crescimento e das vivências de seus filhos a um público amplo e, muitas vezes, indeterminado. Essa prática foi reconhecida em 2012 pelo *The Wall Street Journal* como *sharenting*, termo cunhado para designar o ato de compartilhar nas redes sociais a vida de filhos por iniciativa dos próprios pais (Lichter, 2012).

Embora o ambiente digital ofereça importantes facilidades no que diz respeito à conectividade e à socialização com indivíduos fisicamente distantes, ele também tem se tornado, paradoxalmente, motivo de preocupação no contexto do *sharenting*. Entre as diversas

consequências que a superexposição de crianças e adolescentes pelos próprios pais na internet pode gerar, destaca-se como um dos riscos mais relevantes o comprometimento da privacidade e da segurança digital desse grupo vulnerável, resultado de um compartilhamento excessivo e, muitas vezes, inconsciente e inadvertido.

Ong et al. (2020), definem que são três as formas de *sharenting*: passivo, ativo e invisível. A forma ativa ocorre quando os pais publicam informações sobre os filhos, como ao marcar a escola em uma postagem envolvendo o menor. A forma passiva, por sua vez, refere-se ao ato de terceiros, como a própria escola, salvarem ou compartilharem essa publicação em suas próprias contas. Por fim, a forma invisível caracteriza-se pela perda de controle dos pais sobre a disseminação dessas informações e sobre quem poderá ter acesso a elas.

Infere-se, portanto, que as redes sociais funcionam como um mecanismo de vigilância, no qual uma grande e indeterminada audiência *online* possibilita tanto a manipulação quanto a observação de informações pessoais compartilhadas por terceiros, o que pode levar à identificação da criança e ao consequente risco à sua privacidade (Brosch, 2018).

As consequências do compartilhamento excessivo para crianças e adolescentes, tanto a curto quanto a longo prazo, são diversas e preocupantes. Ao romper-se a barreira da privacidade e da proteção da imagem, dados e informações desses menores, amplia-se a vulnerabilidade já existente desse grupo, deixando-os expostos a indivíduos por vezes mal-intencionados. Essas ações abrem espaço para a ocorrência de diversos tipos de crimes cibernéticos, fraudes e até mesmo para uma espécie de “sequestro digital” de dados e imagens, que podem ser utilizados sem autorização nos mais variados contextos, muitas vezes sem que o menor ou seus pais tenham qualquer conhecimento (Rodrigues; Oliveira; Garcia, 2025).

Stacey Steinberg (2020) ensina que as famílias que reproduzem esse fenômeno, não o fazem com más intenções, no entanto, simplesmente não conseguem compreender inteiramente o significado de seus filhos com identidades digitais. Nesse ínterim, afirma Eberlin (2020, p. 130) que é necessário algum controle sobre situações em que há “exposição pública de fatos de caráter privado (como vídeos e fotos colocadas na internet por terceiros), em que não existe nenhum tipo de interesse público e muito menos interesse da criança de dar publicidade ao fato”.

Nesse cenário, o enfrentamento dos dilemas éticos relacionados à superexposição de dados de crianças e adolescentes nas redes sociais por seus próprios responsáveis encontra obstáculos significativos, especialmente diante dos conflitos envolvendo o consentimento, a privacidade e a proteção integral dos menores. Uma das principais críticas ao fenômeno do *sharenting* reside no fato de que os pais passam a construir, de forma unilateral, a identidade digital de seus filhos, muitas vezes sem que estes tenham qualquer participação ou autorização nesse processo. Assim,

informações e imagens vinculadas à criança passam a compor o ambiente digital, ainda que ela não deseje utilizar tais plataformas ou prefira restringir o conteúdo publicado a seu respeito. Tal cenário é agravado pela percepção equivocada de grande parte dos pais, que não reconhecem os riscos envolvidos no ato de compartilhar imagens e dados de seus filhos em redes sociais (Kopecky et al., 2020).

Um exemplo emblemático dessa situação ocorreu no perfil da atriz Gwyneth Paltrow no Instagram, quando ela publicou uma fotografia ao lado de sua filha Apple, então com 14 anos, durante uma viagem de esqui, sem ter obtido previamente o consentimento da adolescente. A imagem alcançou grande repercussão, ultrapassando 170 mil curtidas. No entanto, sua filha manifestou seu descontentamento, afirmando que a mãe não deveria compartilhar esse tipo de conteúdo sem sua autorização. Apesar da crítica da filha, a publicação não foi retirada da plataforma (Idoeta, 2020).

A seguir, explorar-se-á como a prática do *sharenting*, em excesso, pode causar sérias violações à privacidade e proteção integral de crianças e adolescentes ao desconsiderar a necessidade de consentimento das mesmas para a publicação de imagens e vídeos relativos à intimidade delas, sob a presunção de que os pais podem compartilhar fatos particulares da vida dos filhos independentemente do consentimento deles, em clara infração às normas e princípios da Lei Geral de Proteção de Dados -LGPD e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

2. OVERSHARENTING COMO VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO INTEGRAL DOS FILHOS

Ao longo dos anos, Stefano Rodotà (2008, p. 24) analisou a concepção de privacidade à luz do ambiente digital, definindo esse conceito como o “direito de ser deixado só”. Em complemento, Anderson Schreiber propõe uma releitura desse direito diante das novas dimensões sociais e tecnológicas, argumentando que, em uma sociedade cada vez mais marcada pelo constante intercâmbio de informações, a privacidade deve ser entendida também como o direito do indivíduo de manter o controle sobre seus dados pessoais (Schreiber, 2013).

Diante dessa nova realidade, Marum (2020, p. 98) observa que refletir sobre o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais de crianças revela-se particularmente complexo. Isso porque, no contexto da infância, o “direito da criança de permanecer sozinha” é, de forma evidente, comprometido pela sua dependência financeira, física e emocional em relação a terceiros, especialmente aos membros de sua família. Nesse diapasão, asseveram Shmueli e Blecher-Prigat:

[...] as crianças são inerentemente dependentes e conectadas a outras pessoas. Além disso, na maioria dos casos, elas não podem e não devem ser “deixadassós”. De fato, se esta é a única maneira de entender o direito à privacidade, então reconhecer o direito das crianças à

privacidade certamente teria que ser visto como um “abandono” de seus direitos. Compreender a privacidade como acesso ou controle, por causa de sua autonomia limitada, também levanta dificuldades. A privacidade como controle pressupõe a possibilidade, seja cognitiva ou psicológica, de controle individual – uma suposição que pode ser verdadeira para um adulto, mas, certamente, não é no caso de uma criança de cinco anos. Essa dificuldade aparece em vários outros contextos em que a sociedade procura garantir às crianças direitos equivalentes ou análogos aos dos adultos, uma vez que as crianças não se enquadram no molde individualista e autônomo que fundamenta a compreensão liberal tradicional de direitos (Schmueli; Blecher-Prigat, 2010, p. 759-795).

Neste contexto, infere-se que o *sharenting* produz um efeito de "extimidade", ao transferir a intimidade intrafamiliar para um amplo número de observadores. Nesse meio tempo, a problemática que se delineia nesse cenário é que tal exposição excessiva ocorresse o consentimento dos filhos, sobrepondo-se ao direito dos menores de regularem sua própria intimidade (Bolesina; Faccin, 2021).

Na perspectiva do *sharenting*, refletir sobre a capacidade de crianças e adolescentes de consentirem quanto ao tratamento de seus dados pessoais exige uma análise à luz do direito civil. Considerando-se o consentimento como um “ato da vida civil”, o Código Civil estabelece que apenas os maiores de 16 anos poderiam manifestá-lo de forma válida e autônoma, sem a necessidade de representação dos pais ou responsáveis (Brasil, 2002). No entanto, sendo a privacidade e a proteção de dados pessoais direitos fundamentais, a exigência de consentimento válido para o compartilhamento de informações sensíveis em ambientes digitais revela uma tensão entre a incapacidade civil e o exercício concreto de um direito personalíssimo por sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento (Garcia; Nunes, 2021).

Outrossim, este instituto cria um paradoxo: os pais são aqueles que devem proteger o filho, mas, ao mesmo tempo, são também os que provocam a exposição muitas vezes violadora dos direitos à privacidade e intimidade garantidos pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (Brasil, 1988).

Em conformidade com os princípios consagrados na Constituição Federal e no ECA, a Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados - dispõe, em seu artigo 14, que o tratamento de dados pessoais de crianças deve sempre observar o critério do melhor interesse do menor (Brasil, 2018). O primeiro parágrafo desse artigo estabelece que, para a coleta e o tratamento de dados de crianças com até 12 anos de idade, é exigido consentimento específico e em destaque, concedido por ao menos um dos pais ou responsáveis legais. Tal exigência, no entanto, levanta questionamentos, especialmente quando se observa que os mesmos responsáveis encarregados de

autorizar esse tratamento podem, ainda que de forma não intencional, praticar condutas excessivas, como ocorre no *sharenting* (Mendonça; Cunha, 2021).

Por essa razão, são atravessados inúmeros direitos de modo multifacetado, completo e bilateral, sublinhando-se, em favor dos filhos, a sua proteção integral e prioridade absoluta, bem como seus direitos fundamentais (Bolesina; Faccin, 2021).

A ausência de consentimento das crianças para publicações que as envolvem configura um problema de natureza bioética, com implicações diretas nas relações entre pais e filhos (Rodrigues; Oliveira; Garcia, 2025). Mesmo quando a autorização é fornecida pela criança ou pelo adolescente, muitas vezes isso ocorre sem a devida compreensão dos riscos associados à exposição *online*. Ainda que, futuramente, essas publicações sejam removidas ou excluídas das plataformas em que foram divulgadas, os registros continuarão a existir no ambiente virtual, podendo impactar negativamente diversos aspectos da vida pessoal e profissional desses indivíduos vulneráveis.

Uma pesquisa conduzida pela Security.org (2021), nos Estados Unidos, revelou que 77% dos pais entrevistados já compartilharam algum tipo de dado ou imagem de seus filhos menores nas redes sociais. Quando questionados, os filhos informaram que apenas 24% dos pais consideram seu consentimento antes de realizar qualquer tipo de postagem. Em uma nova pergunta, um dado preocupante revelou que apenas 22% dos pais afirmaram conhecer pessoalmente todos os amigos virtuais, enquanto a maioria costuma aceitar seguidores que não conhece na vida real.

Nesse sentido, ainda que a LGPD (2018) garanta, em seu artigo 14, §1º, que “o tratamento de dados de crianças e adolescentes deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal”, evidencia-se uma significativa lacuna legislativa. Constata-se que os responsáveis legais, incumbidos de prestar o consentimento para a divulgação de informações dos filhos menores nas redes sociais, são, muitas vezes, os mesmos que, ainda que de forma não intencional, infringem normas relativas ao consentimento, à intimidade e à proteção integral da criança e do adolescente.

Nesse contexto, Medon (2021) observa que, na contemporaneidade, parte da doutrina jurídica não se limita a criticar o *sharenting* em si, mas também se volta à análise dos excessos decorrentes dessa prática. Tal ampliação do debate tem sido compreendida por meio do termo *over-sharenting*, que se refere justamente ao uso desmedido e potencialmente prejudicial da exposição de crianças nas mídias digitais por seus responsáveis. Por esse olhar, “o *sharenting* pode apenas designar uma alteração natural da parentalidade, sem, necessariamente, causar danos às crianças que participam, naturalmente, da narrativa exposta pelos pais” (Carvalho, 2023, p. 30).

Segundo a ótica de Linda Geddes (2019, p. 24-25), estaria caracterizado o *over-sharenting* caso “uma eventual publicação venha a expor a criança sem roupas; vestindo uniformes escolares;

que contenha a sua localização ou caso os pais acreditem que, no futuro, a criança não irá aprová-la”. Dessa forma, a reflexão sobre o *sharenting* e o *over-sharenting* demanda a compreensão do princípio da absoluta prioridade conferido à criança e ao adolescente. Considerados sujeitos em desenvolvimento, esses indivíduos são destinatários de uma tutela jurídica especial, orientada pela necessidade de proteção integral e pela atenção às suas especificidades no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Embora muitos pais considerem que, por deterem a guarda dos filhos, podem divulgar livremente conteúdos sobre eles nas redes sociais, esse entendimento revela-se equivocado. Tal concepção remete a uma visão ultrapassada da infância, associada ao antigo Código de Menores, de 1927, no qual os filhos eram tratados como objetos de tutela. Contudo, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, gozando de todas as garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, inclusive os direitos à intimidade, vida privada, honra, imagem e proteção de dados pessoais.

Vale mencionar que o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), possibilita, em seu art. 17º, o “direito de ser esquecido”. Naquele contexto, permite que as pessoas que tiveram seus dados expostos durante a infância e adolescência requeiram diretamente aos controladores de dados sua exclusão. Tal recurso confere segurança ao indivíduo em casos que envolvam, por exemplo, *cyberbullying*, pornografia de vingança, declarações difamatórias (Mbah, 2022) e/ou “*oversharenting*”, já que lhes confere poder de requisitar a remoção de conteúdo danosa sobre si da internet, sem precisar passar pelo constrangimento e burocracia de um processo judicial, que, em alguns casos, pode demorar anos.

Há de se pontuar, porém, que a legislação brasileira, vide a LGPD, não possui medida equivalente, tendo entendido o Supremo Tribunal Federal (STF), em sede do Recurso Extraordinário nº 1010606, que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, haja vista que tal direito entraria em conflito com a liberdade de expressão, devendo, ao contrário, ser analisado pontualmente cada caso para averiguar se houve abuso de direito ou não (Lopes; Costa, 2025).

É nesse contexto que os excessos decorrentes do *sharenting*, também conhecido como *oversharenting*, conflitam diretamente com os direitos assegurados pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, em especial, violam o direito ao consentimento dos filhos no ambiente digital, expressamente protegido pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Diante disso, é imprescindível analisar de que forma essa prática, em sua amplitude, infringe o ordenamento jurídico e responsabiliza os pais que contrariam o dever de assegurar aos filhos o pleno exercício de seus direitos fundamentais.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELA EXPOSIÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DOS FILHOS NA INTERNET

Nesta seção, explorar-se-á quais as possíveis consequências jurídicas e qual a responsabilidade civil dos pais em decorrência do *oversharenting*, a superexposição da vida privada dos filhos na internet, bem como, os direitos e possibilidades dos filhos de buscarem a reparação dos danos causados pela conduta danosa dos pais.

Nesse sentido, conforme já exposto, o *oversharenting* pode causar diversos danos psicológicos às crianças e adolescentes, visto que os pais podem expor momentos íntimos e embaraçosos de suas vidas, como eventos corporais próprios da puberdade, decepções adolescentes amorosas, situações humilhantes como birras infantis, entre outras.

Tais postagens em redes sociais, à revelia do consentimento dos filhos para o compartilhamento de situações que lhe são próprias, podem gerar um distanciamento entre pais e filhos, uma vez que estes não vão se sentir seguros em compartilhar questões privadas com os pais, sabendo que qualquer situação pode se tornar um vídeo para atrair visualizações e novos seguidores.

Conforme aponta o art. 187 do Código Civil, comete ato ilícito aquele que excede manifestamente os limites impostos a um direito pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Consequentemente, apesar de os pais terem o direito à liberdade de expressão, podendo compartilhar os fatos cotidianos à própria vida, o que inclui o cuidado com os filhos, nos casos do *oversharenting* há conflito com o direito à privacidade dos filhos, os quais, apesar de ainda estarem sob a tutela dos pais, tem direito à proteção integral garantida pelo ECA (Bolesina; Faccin, 2020).

Desse modo, a responsabilidade decorrente do abuso de direito é objetiva, independente de culpa, já que, a partir dos parâmetros elencados, fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes, a mera existência de exercício irregular de direito que cause dano a outrem já configura a possibilidade de reparação.

Por exemplo, ocorre abuso de direito quanto ao fim social ou econômico de um contrato, quando cláusulas excessivamente onerosas são impostas à outra parte; ocorre abuso de direito quanto à boa-fé, quando uma parte age movida pela má-fé, deslealdade e prática do enriquecimento sem causa; e ocorre abuso de direito quanto aos bons costumes, quando a conduta ultrapassa a moralidade social de cada época em questões não abrangidas pela função social e boa-fé (Tartuce, 2024).

Destaca-se que, apesar de o direito à liberdade de expressão ser um direito amplamente defendido e prezado na República brasileira, haja visto o histórico de censura vivenciado no período

da ditadura militar, este não se sobrepõe a outros direitos, como o direito à privacidade da criança e do adolescente e o seu melhor interesse, quando configurar abuso de direito que ameace a dignidade da pessoa humana, garantia constitucional principal a ser protegida pelo ordenamento jurídico (Torres, 2013)

Por outro lado, devem ser assegurados às crianças e adolescentes, reconhecidos como sujeitos de direito, a inviolabilidade da sua integridade física, psíquica e moral, conforme art. 227 da CF/88. Isso garante a preservação de sua imagem, identidade, intimidade, vida privada, honra, dados pessoais, entre outros, como se extrai do art. 17 do ECA, bem como, os incisos X e LXXIX do art. 5º da Constituição Federal. (Lopes; Costa, 2025).

Nesse diapasão, configuraria ofensa à boa-fé objetiva, consequentemente abuso de direito, a atitude dos pais de prometerem aos filhos que não divulgariam imagens ou vídeos de situações privadas e embaraçosas deles, e, apesar disso, publicarem as mesmas à revelia do consentimento dos filhos. Ao se ter consciência e maturidade de si próprios, conforme a idade, os filhos já teriam o discernimento para decidir se gostariam que determinado aspecto da sua vida privada fosse compartilhado com estranhos (Bolesina; Faccin, 2020).

A privacidade para as crianças, há de se dizer, é necessária para que desenvolvam sua individualidade e independência. É a partir do espaço físico privado em sua própria casa, tanto o compartilhado com os pais e irmãos, quanto o de seu próprio quarto, que a criança desenvolve sua criatividade e decide como compartilhar informações com outras pessoas (Scmueli; Prigat, 2011). Uma criança ou adolescente constantemente exposta teria seu desenvolvimento psicológico, intimidade e senso de si prejudicados pelas pessoas que mais deveriam zelar por esses aspectos.

Em estudo realizado da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo em 2023, pela pesquisadora Mayara de Lima Reis, encontrou-se que os (poucos) acórdãos que tratavam sobre o direito à privacidade de crianças em caso de pedidos de arbitramentos de danos morais por *sharenting*, tinham os seguintes elementos analisados pelos julgadores:

O que se percebe, de modo geral, é são analisadas (i) a intenção dos genitores, (ii) o conteúdo efetivamente publicado e (iii) se houve autorização de, ao menos, um dos representantes legais. Não são sopesadas pelos julgadores, contudo, (iv) as consequências futuras da inserção dos dados em meio virtual, (v) a vontade do menor (quando possível) ou (vi) a relevância de que o compartilhamento se dê em contas com restrições de privacidade (2023, p. 8665-8666).

Tais conclusões demonstram que elementos fundamentais para a proteção integral de crianças e adolescentes, a fim de assegurar-lhes o direito ao respeito, conforme art. 17 do ECA, como as consequências futuras do compartilhamento de seus dados pessoais em meios virtuais e o consentimento do menor de idade quando possível, não foram levados em consideração pelo Tribunal de São Paulo nos casos analisados naquela pesquisa.

Menciona-se, também, importante caso ocorrido na Itália em 2017, no processo n.º 39913/20015, no qual o Tribunal de Roma obrigou uma mãe a remover fotos de seu filho de 16 anos da rede social, e a condenou ao pagamento de uma multa pecuniária a ele. Tal ocorreu, pois, o rapaz estava sofrendo sérios danos psicológicos devido a publicações realizadas pela genitora que expunham detalhes de sua vida privada, bem como, do procedimento de divórcio dos pais, fato que o envergonhava perante seus colegas de classe e lhe causava medo de ser discriminado pelo seu problema privado (Coutinho, 2019).

Apesar de ainda não ser situação comum de se observar no Brasil, haja vista que as consequências da superexposição da infância na internet será mais evidente quando a atual geração de crianças atingir a maioridade, será possível que o filho ou filha, havendo dano moral/psicológico comprovado, devido à superexposição dos pais, entre com uma ação judicial para requerer a devida reparação do dano. Assim, poderá haver responsabilização dos genitores ou de quem detenha o poder familiar, seja por meio da Defensoria Pública ou Ministério Público (art. 141, do ECA), seja ao atingirem a maioridade, visto que os prazos prescricionais ficam suspensos enquanto durar a incapacidade civil absoluta (art. 198, I, do CC) ou enquanto durar o poder familiar (art. 197, II, CC) (Bolesina; Faccin, 2020).

Nessa esteira, o Anteprojeto de Reforma do Código Civil, Projeto de Lei nº 4/2025, em trâmite no Senado Federal, propõe acrescentar ao art. 1.634 do Código Civil, o inciso X, o qual prevê como dever dos pais “evitar a exposição de fotos e vídeos em redes sociais ou a exposição de informações, de modo a preservar a imagem, a segurança, a intimidade e a vida privada dos filhos” (Assad, 2025). Tal norma, caso seja aprovada e publicada, embora redundante, já que preservar a imagem e vida privada dos filhos já é dever previsto no art. 17 do ECA, reitera a responsabilidade dos pais diante das informações que expõem na internet, sem o consentimento dos filhos.

Pontua-se, também, que seria interessante a normatização de um “direito ao esquecimento” no Brasil, semelhante à regra prevista no art. 17 da GDPR, possibilitando às crianças e adolescentes a remoção de imagens, vídeos e /ou informações pessoais de plataformas *online* que violem sua privacidade ou que sejam publicadas sem o seu consentimento. Nesse aspecto, o Projeto de Lei nº 4.776/2023, de autoria da deputada federal Lídice Maria, em trâmite na Câmara dos Deputados, visa justamente acrescentar tal possibilidade ao ECA, estando, porém, pendente de apreciação pelo plenário (Câmara dos Deputados, 2023).

Assim, nesse estudo abordaram-se os aspectos principais que envolvem a possibilidade e desdobramentos da responsabilidade civil dos pais devido à superexposição dos filhos nas redes sociais. Percebeu-se que o fenômeno do *sharenting* pode configurar, em algumas situações, denominadas de *oversharenting*, o abuso de direito por violação à boa-fé objetiva, função

econômica ou social, ou aos bons costumes, dano moral/psicológico à criança e/ou adolescentes, gerando a possibilidade de reparação judicial pelo dano causado, bem como, o requerimento de que as imagens e/ou vídeos compartilhados sejam apagados, a fim de proteger a privacidade, honra, imagem e intimidade de crianças e adolescentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática do *sharenting*, intensificada pelo crescimento das redes sociais e pelo uso cotidiano da internet, revela importantes tensões jurídicas no que se refere à proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, especialmente em relação à privacidade, à autodeterminação informacional e à formação da identidade digital. O compartilhamento de imagens, vídeos e dados pessoais por parte dos próprios pais, ainda que muitas vezes motivado por razões afetivas, pode acarretar consequências significativas, permanentes e danosas, configurando, em casos extremos, o denominado *oversharenting*.

Como se demonstrou, o exercício do poder familiar não é absoluto, devendo ser pautado pelos princípios da boa-fé, dos bons costumes, da função social e, sobretudo, pela primazia do interesse da criança e do adolescente. Quando a conduta dos genitores ultrapassa esses limites e expõe de forma indevida a intimidade de seus filhos, especialmente em contextos públicos ou com potencial ser amplamente compartilhado, resta caracterizada a hipótese de abuso de direito, conforme previsto no artigo 187 do Código Civil. Nessas situações, a responsabilidade civil dos pais pode ser reconhecida, inclusive de forma objetiva, diante da comprovação de dano moral ou psicológico à criança ou ao adolescente.

É preciso reforçar que os direitos à intimidade, à vida privada e à imagem não se submetem à vontade unilateral dos pais. Crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, conforme expressamente reconhecido pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei Geral de Proteção de Dados. Quando esses direitos são violados dentro do próprio núcleo familiar, abre-se espaço para a atuação do sistema de justiça, seja por meio do Ministério Público, da Defensoria Pública ou por ações individuais ajuizadas pelos próprios filhos ao atingirem a maioridade. Ainda que tais demandas sejam hoje incipientes no Brasil, precedentes internacionais e propostas legislativas em trâmite, como o Projeto de Lei nº 4/2025 e o PL nº 4.776/2023, sinalizam a necessidade de adaptação normativa e jurisprudencial para lidar com os desafios jurídicos da parentalidade digital.

Desse modo, constata-se que a responsabilidade civil decorrente do *oversharenting* deve ser compreendida não apenas sob a ótica da reparação dos danos já causados, mas também como instrumento pedagógico e preventivo, capaz de induzir mudanças comportamentais e reforçar a

importância da proteção da infância no ambiente virtual. A violação da privacidade de filhos por seus próprios pais, ainda que sem dolo, pode gerar impactos significativos na construção de sua autonomia, de sua autoestima e de sua imagem pública, exigindo uma resposta jurídica proporcional e efetiva.

Por fim, cabe destacar que o tema ainda carece de aprofundamento teórico e empírico, especialmente em relação às implicações psíquicas do *oversharenting*, à aferição concreta dos danos causados e à delimitação dos critérios de responsabilização em juízo. Investigações futuras podem contribuir para o desenvolvimento de parâmetros mais objetivos de análise, bem como para a elaboração de políticas públicas educativas voltadas à promoção da parentalidade consciente. Em tempos de exposição contínua e crescente dissolução das fronteiras entre o público e o privado, refletir criticamente sobre os limites do compartilhamento de informações na infância é medida urgente e necessária para a consolidação de uma cultura de proteção integral, dignidade e respeito às novas gerações.

REFERÊNCIAS

ASSAD, Paulo. Sem fotos para 'preservar a imagem': o que diz o novo código civil sobre a exposição de filhos nas redes. **O Globo**. 2025. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2025/05/18/sem-fotos-para-preservar-a-imagem-o-que-diz-o-novo-codigo-civil-sobre-a-exposicao-de-filhos-nas-redes.ghml>. Acesso em: 23 jun 2025.

BOLESINA, I.; FACCIN, T. de M. A responsabilidade civil por sharenting. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 27, p. 208–229, 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/285>. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 jun. 2025.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jul. 2025.

BROSCH, Anna. Sharenting. Why do parents violate their children's privacy? **TNER – Theory and Research in Education**, v. 54, n. 4, 2018. Disponível em: <https://czasopisma.marszalek.com.pl/en/10-15804/tner/3179-tner2018406>. Acesso em: 3 jul. 2025.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Lídice da Mata. **Projeto de Lei n. 4.776/2023**. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 – estatuto da criança e do adolescente, para dispor sobre o compartilhamento e publicação de imagem e informações pessoais de crianças e adolescentes por seus pais e responsáveis, em plataformas online e redes sociais, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados. 03 out. 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2338101&filename=PL%204776/2023. Acesso em: 24 jun. 2025.

CARVALHO, Fernanda M. A. de C. **Os limites do sharenting e o over-sharenting**: a proteção das crianças à luz do ordenamento jurídico brasileiro. 2023. Dissertação (Mestrado profissional em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/54680>

COUTINHO, Amanda de Cassia Pereira. **A proteção da reserva da vida privada de menores enquanto dever parental, em especial na era digital**. 2019. Dissertação de Mestrado. Universidade do Porto (Portugal). Disponível em: <https://www.proquest.com/openview/2d0e59cb2a83413b7b91d153dc4533c9/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2026366&diss=y>. Acesso em: 22 jun. 2025.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da criança na sociedade da informação**: ambiente digital, privacidade e dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GALLAGHER, Ryan. **Howsharentingbecamethenorm online**. *The Wall Street Journal*, 24 jan. 2016. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/BL-JB-15164>. Acesso em: 3 jul. 2025.

GARCIA, Maria Carolina Brunharotto; NUNES, Paula Freire Santos Andrade. Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes: proteção e livre desenvolvimento do menor cercados pela LGPD e responsabilidade parental. *IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, 7 abr. 2021. Disponível em: <https://encr.pw/0kByl>. Acesso em: 3 jul. 2025.

GEDDES, Linda. Avoid over-sharenting. *New Scientist*, s. l., v. 242, n. 3224, p. 24-25, 6 Apr. 2019.

HOLTZ, Sarah; O'NEILL, Becca. **Sharentingandtheextended self: therisksof digital appropriation**. *JournalofConsumer Affairs,Hoboken*, v. 58, n. 2, p. 506–525, jun. 2024. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/joca.12462>. Acesso em: 3 jul. 2025.

IDOETA, Paula Adamo. **‘Sharenting’**: quando a exposição dos filhos nas redes sociais não é necessariamente algo ruim. *BBC News Brasil*, 13 jan. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/salasocial-51028308>. Acesso em: 3 jul. 2025.

KOPECKY, Kamil; SZOTKOWSKI, Rene; AZNAR-DÍAZ, Inmaculada; ROMERO-RODRÍGUEZ, José-María. The phenomenonofsharentingand its risks in the online environment: experiencesfromczechrepublicand Spain. *Childrenand Youth Services Review*, Amsterdã, v. 110, mar. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2020.104812>. Acesso em: 3 jul. 2025.

LICHTER, Allison. **Oversharenting: ParentsJuggleTheir Kids' Lives Online**. *The Wall Street Journal*. May 16, 2012. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/BL-JB-15164>. Acesso em: 02 jul.2025.

LOPES, Ingrid Vitória Balbino; COSTA, Rodrigo Vieira. A proteçãoda privacidadede criançaseadolescentesnas redessociaiseocombateao oversharenting. **Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade**, [S. l.], v. 4, n. 8, p. 183–220, 2025. DOI: 10.5380/rrddis.v4i8.99447. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rrddis/article/view/99447>. Acesso em: 24 jun. 2025.

MARUM, Mariana Garcia Duarte. **O direito à privacidade ameaçado pelo sharenting**: podem os pais ser responsabilizados civilmente à luz do direito civil português? 2019. Dissertação (Mestrado

em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/92768>. Acesso em: 3 jul. 2025.

MBAH, Geraldine O. Data privacy and the right to be forgotten. **World Journal of Advanced Research and Reviews** 16.2. 2022. p. 1216-1232. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/GeraldineMbah/publication/390233683_Data_Privacy_and_the_Right_to_be_Forgotten/links/67e53fa443ec6369e200ba8d/Data-Privacy-and-the-Right-to-be-Forgotten.pdf. Acesso em: 25 jun. 2025

MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das deepfakes. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 27, p. 251-277, 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/438/447>. Acesso em: 29 mar. 2025.

MENDONÇA, Júlia Fernandes de; CUNHA, Leandro Reinaldo de. O FENÔMENO DO SHARENTING E O COMPARTILHAMENTO NA INTERNET PELOS PAIS DE FOTOS DE CRIANÇAS COM CENSURA DOS GENITAIS: PROTEÇÃO OU SEXUALIZAÇÃO?. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, Brasil, v. 29, n. 11, p. 418-430, 2022. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2021.v29i11.6745. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6745>. Acesso em: 6 jul. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos da Criança**. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-dos-direitos-da-crianca>. Acesso em: 26 jun. 2025.

REIS, M. de L. Responsabilidade civil por sharenting na jurisprudência do tribunal de justiça de são paulo. **Revista Contemporânea**, [S. l.], v. 3, n. 07, p. 8651-8668, 2023. DOI: 10.56083/RCV3N7-068. Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/1206>. Acesso em: 25 jun. 2025.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Sophia Ivantes; OLIVEIRA, Leonardo Pestillo de; GARCIA, Lucas França. Sharenting e bioética: desafios para a privacidade e a segurança infantil. **Revista Bioética**, Brasília, v. 33, e3797ES, p. 1-14, 2025. DOI: 10.1590/1983-803420253797ES. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/3797. Acesso em: 3 jul. 2025.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SHMUELI, Benjamin; BLECHER-PRIGAT, Ayelet. Privacy for children. **Colum. Hum. Rts. L. Rev.**, v. 42, p. 759, 2010. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/colhr42&div=22&id=&page=>. Acesso em: 21 jun. 2025.

STEINBERG, Stacey. **Growing up shared: How parents can share smarter on social media—and what you can do to keep your family safe in a no-privacy world**. Naperville, Illinois: Sourcebooks, 2020. 240 p.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.71. ISBN 9788530995492. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995492/>. Acesso em: 23 jun. 2025.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 200, p. 61-80, 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61. Acesso em: 20 jun. 2025.

VIGDERMAN, Aliza. **Hábitos dos pais nas mídias sociais**: 2021. Security.org, 2021. Disponível em: <https://www.security.org/digital-safety/parenting-social-media-report/>. Acesso em: 3 jul. 2025.

PARAÍBA NA VANGUARDA: LEI 12.027/2021 E A PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA CONTRA ABUSOS NO CONSIGNADO

Bruno Vinnicius Soares da SILVA¹
Mariana Fernandes Barros SAMPAIO²

RESUMO

O envelhecimento populacional no Brasil impõe desafios ao ordenamento jurídico e às políticas públicas, especialmente na proteção das pessoas idosas em relações contratuais e de consumo. Muitas vezes com renda limitada, exclusão digital e isolamento social, essas pessoas tornam-se vulneráveis a práticas abusivas, como fraudes em empréstimos consignados. A falta de conhecimento técnico e apoio adequado contribui para a celebração de contratos com vícios de consentimento. Para enfrentar esse cenário, o Estado da Paraíba instituiu a Lei nº 12.027/2021, voltada à proteção específica das pessoas idosas contra abusos em operações financeiras. Este artigo analisa a efetividade dessa legislação diante das múltiplas vulnerabilidades enfrentadas pelas pessoas idosas paraibanas, buscando avaliar se a norma representa um avanço real na garantia da dignidade humana e da segurança jurídica nas contratações. A pesquisa segue abordagem qualitativa, com método hipotético-dedutivo, sustentada em revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial. Parte-se da integração entre o direito civil, o direito do consumidor e os princípios constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana, para propor medidas de aprimoramento legal e institucional. A análise busca fortalecer a proteção da pessoa idosa, assegurando relações de crédito mais justas e seguras diante de sua condição de hipervulnerabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa idosa; empréstimo consignado; vulnerabilidade; Lei nº 12.027/2021.

ABSTRACT

Population aging in Brazil presents significant challenges to the legal system and public policies, particularly regarding the protection of older persons in contractual and consumer relations. Often facing limited income, digital exclusion, and social isolation, older persons become vulnerable to abusive practices, such as fraud in payroll-deductible loans. The lack of technical knowledge and adequate support contributes to contracts marked by defects in consent. To address this issue, the State of Paraíba enacted Law No. 12.027/2021, aimed at providing specific protection mechanisms for older persons against financial abuses. This article critically analyzes the effectiveness of this legislation in light of the multiple vulnerabilities faced by older persons in Paraíba, assessing whether the law represents real progress in safeguarding human dignity and legal security in contractual relations. The research follows a qualitative approach, using the hypothetical-deductive method, based on bibliographic, documentary, and jurisprudential review. It draws from the intersection of civil law, consumer law, and constitutional principles—particularly the principle of human dignity—to propose legal and institutional improvements. The analysis seeks to strengthen the protection of the older person, ensuring fairer and safer credit relations given their condition of

1 Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa (PPGD-UNIPÊ). Especialista em Direito Civil, Processo Civil, Consumidor e Grupos Vulneráveis (Centro Universitário UNIESP); Graduado em Direito (UEPB). Professor da Faculdade Maurício de Nassau (João Pessoa/PB). Técnico do INSS. Advogado. E-mail: brunovinnicius@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-3893-7935>.

2 Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa (PPGD-UNIPÊ). Bolsista CNPQ. Especialista em Direito Público (Faculdade Estácio do Recife); Especialista em Direito Civil (Universidade Anhanguera Uniderp); Especialista em Direito Processual Civil (Universidade Pitágoras Unopar); Graduada em Direito (UNICAP). Professora do Centro Universitário UNIESP. Advogada. E-mail: mariana.fernandesbs@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-5043-5807>.

heightened vulnerability.

KEY WORDS: Older person; payroll loan; vulnerability; Law nº 12.027/2021.

1. INTRODUÇÃO

O envelhecimento populacional é um fenômeno crescente e irreversível no Brasil, trazendo consigo inúmeros desafios para a construção de políticas públicas inclusivas e para a efetividade do ordenamento jurídico. Entre os principais pontos de tensão está a proteção da população idosa nas relações de consumo, especialmente diante da contratação de empréstimos consignados. Nesse contexto, a fragilidade da pessoa idosa — marcada por fatores biopsicossociais como limitações cognitivas, desconhecimento tecnológico, isolamento social e dependência econômica — a torna especialmente vulnerável a práticas abusivas e fraudes contratuais.

Muitas vezes, essa parcela da população possui como principal, ou até única, fonte de renda um benefício previdenciário ou assistencial, o que a transforma em alvo de instituições financeiras que atuam, por vezes, de forma lesiva. A combinação entre exclusão digital, desinformação e ausência de suporte familiar favorece o surgimento de contratos viciados e operações bancárias não autorizadas. Em resposta a essa problemática, o Estado da Paraíba editou a Lei nº 12.027/2021, impondo a obrigatoriedade de assinatura física para contratos de crédito firmados por meios eletrônicos ou telefônicos com pessoas idosas, buscando oferecer uma barreira adicional contra fraudes.

Dessa forma, a presente pesquisa busca responder à seguinte problemática: em que medida a Lei nº 12.027/2021 tem se mostrado um instrumento eficaz na prevenção e no enfrentamento de abusos contra a população idosa da Paraíba nas operações de empréstimos consignados, considerando as múltiplas vulnerabilidades sociais, econômicas e tecnológicas que afetam esse grupo nas relações contratuais de consumo? Para tanto, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: (a) analisar o arcabouço normativo aplicável à proteção do idoso nas relações de consumo, com destaque para a Constituição Federal, o Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 12.027/2021; (b) investigar os fatores sociais, econômicos, tecnológicos e jurídicos que contribuem para a vulnerabilidade da pessoa idosa nas contratações de empréstimos consignados; (c) avaliar os limites e as potencialidades da Lei nº 12.027/2021 quanto à prevenção de fraudes em contratos firmados por meios remotos com pessoas idosas no estado da Paraíba.

Nessa toada, apesar da boa intenção normativa, questiona-se até que ponto essa legislação tem sido eficaz na prática. A análise da efetividade da Lei nº 12.027/2021 exige uma reflexão mais ampla, que compreenda não apenas o texto legal, mas o contexto socioeconômico da população

idosa, os mecanismos de fiscalização existentes e a atuação dos órgãos de controle. A presente pesquisa, inserida nos campos do direito civil contratual e do direito do consumidor, busca compreender de forma crítica os fatores que acentuam a vulnerabilidade dos idosos nas contratações financeiras e os caminhos possíveis para mitigar tais riscos.

Metodologicamente, parte-se de uma abordagem de natureza qualitativa, com base no método hipotético-dedutivo e utilizando-se como técnica a revisão bibliográfica e documental. No percurso de realização, apoiou-se em dissertações, artigos, livros, legislação e normas existentes acerca do tema, refletindo sobre a necessidade de identificar as fragilidades jurídicas e sociais que permeiam as relações contratuais envolvendo empréstimos consignados. O trabalho também busca discutir a aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor como elemento de responsabilização dos fornecedores. Ao fazê-lo, pretende-se contribuir com o fortalecimento da proteção da pessoa idosa, com base nos princípios da dignidade humana, da boa-fé e da segurança jurídica nas relações de consumo.

A relevância do tema é evidenciada pela expressiva importância social e econômica desempenhada pela população idosa no Brasil. Os rendimentos oriundos de benefícios previdenciários e assistenciais, frequentemente a principal ou única fonte de sustento desse grupo, exercem papel fundamental na dinamização da economia local, sobretudo em municípios de pequeno porte, marcados por baixa oferta de empregos e limitada circulação de renda. Nesse cenário, quaisquer prejuízos financeiros causados por fraudes em empréstimos consignados comprometem não apenas a subsistência das pessoas idosas, mas também impactam negativamente o tecido social, ao reduzir seu poder aquisitivo e, por consequência, a estabilidade econômica de suas comunidades.

Nesse viés, após a pesquisa bibliográfica, foram realizadas leituras com o propósito de organizar as referências previamente selecionadas e compreender os textos de modo a ampliar os significados dos resultados alcançados. Essa análise permitiu relacionar as ideias presentes nas obras consultadas com a questão central do estudo. Seguidamente, realizou-se um compilado das informações assimiladas e dividiu-se o presente trabalho em três seções. Na primeira seção procedeu-se a análise do arcabouço legislativo que visa tutelar a figura do idoso. A segunda seção discute de forma concisa os fatores que contribuem para a vulnerabilidade da pessoa idosa nas contratações de empréstimos consignados, enquanto, a terceira avalia a Lei nº 12.027/2021 quanto à prevenção de fraudes em contratos firmados por meios remotos com pessoas idosas no estado da Paraíba.

2. ENVELHECIMENTO DIGNO E DIREITOS DA PESSOA IDOSA

O envelhecimento populacional configura-se como um dos principais desafios contemporâneos das políticas públicas. Trata-se de uma tendência global que vem se consolidando também no Brasil, cuja população idosa cresce de forma acelerada (Fundo das Nações Unidas, 2012). O processo de transição demográfica tem se manifestado por meio do aumento da longevidade populacional (IBGE, 2020), porém apresenta distinções marcantes entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, tendo em vista que nos países desenvolvidos, esse envelhecimento ocorreu de forma gradual e acompanhado por melhorias nas condições de vida; já nos países em desenvolvimento, o crescimento foi mais acelerado, sem que houvesse, em muitos casos, uma estrutura social e de saúde suficientemente organizada para atender às novas demandas da população idosa (Santos & Silva, 2013, p. 360).

Nesse contexto, observam-se mudanças significativas nos padrões familiares, como o adiamento de uniões formais e da parentalidade, o aumento de lares compostos por apenas um indivíduo ou por um único responsável com filhos, a permanência prolongada dos jovens na casa dos pais, o crescimento das uniões consensuais e da reprodução fora do casamento tradicional, além do aumento expressivo das separações. Tais transformações têm impactado diretamente os níveis de fecundidade, especialmente em países europeus, onde já se observam índices abaixo do necessário para a reposição populacional (Monte-Mor; Silva, 2010).

O avanço da transição demográfica no Brasil tem refletido diretamente na qualidade de vida das pessoas idosas, especialmente no que diz respeito aos crescentes custos com a saúde. Nessa fase da vida, é comum o surgimento de doenças crônicas que demandam cuidados contínuos. Com isso, os gastos com medicamentos – frequentemente não disponibilizados de forma regular pelos serviços públicos de saúde – somam-se a despesas com internações, planos e atendimentos médicos. Esses encargos, associados à redução da renda que ocorre com a aposentadoria e à ausência de um planejamento financeiro adequado, levam muitos idosos a recorrerem aos empréstimos consignados como forma de suprir suas necessidades básicas (Arruda, 2024).

A insuficiência da renda entre aposentados é uma realidade frequente vivenciada por muitos idosos no Brasil. De acordo com pesquisa realizada pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) em parceria com o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil), esse cenário leva 21% dos idosos a permanecerem ativos no mercado de trabalho mesmo após a aposentadoria. O estudo também evidencia a ausência de um planejamento financeiro voltado para essa fase da vida: aproximadamente 32% dos entrevistados afirmaram nunca ter economizado especificamente para a aposentadoria, enquanto 25% não souberam indicar quando iniciaram sua reserva financeira (CNDL, 2018).

Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro evoluiu com base no modelo romano-

germânico, construindo normas a partir de demandas sociais, muitas vezes com atraso em relação às transformações da realidade. No caso da população idosa, esse atraso se manifesta na escassez inicial de dispositivos específicos, superada paulatinamente com a ampliação da consciência sobre os direitos desse grupo social.

Diante dessa realidade, impõe-se a necessidade de uma análise crítica e constante sobre o direito ao envelhecimento digno, alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, elemento estruturante da Constituição Federal de 1988 e marco ético do ordenamento jurídico de sociedades democráticas.

O conceito de envelhecimento digno demanda uma abordagem multidimensional, que ultrapassa o mero aspecto cronológico. A dignidade da pessoa idosa deve ser assegurada mediante condições adequadas de saúde, segurança, liberdade, autonomia e bem-estar, compreendendo o envelhecimento não como um processo de exclusão, mas como etapa de afirmação de direitos e de cidadania.

Inicia-se aqui a análise pelo plano internacional, onde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi um marco na positivação dos direitos fundamentais, garantindo os mínimos direitos aos cidadãos e reconhecendo-os como sujeitos de direitos (Ramos, 2002, p. 7-35), todavia a generalidade da declaração não contemplava especificamente os direitos da pessoa idosa. Nesse cenário, frente a questionamentos sobre a expansão e garantia dos direitos para os cidadãos e para as pessoas idosas, ou seja, ante o reconhecimento da necessidade de instrumentos específicos, acontece a primeira Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento (1982), que resultou no Plano Internacional de Viena sobre o Envelhecimento (PIVE). O Plano de Ação visou fortalecer governos e sociedade civil frente ao envelhecimento populacional, promovendo cooperação e propondo 62 medidas em áreas como saúde, habitação, trabalho e educação.

Posteriormente, depara-se com o Protocolo de San Salvador (1988), incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 3.321/99, passou a prever expressamente direitos sociais voltados à velhice, como proteção na velhice e acesso à saúde e alimentação, ainda que de forma principiológica, observe:

Artigo 17

Proteção de Pessoas Idosas

Toda pessoa tem direito a proteção especial na velhice. Nesse sentido, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de maneira progressiva, as medidas necessárias a fim de por em prática este direito e, especialmente, a:

- a) proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que não disponham delas e que não estejam em condições de adquiri-las por seus próprios meios;
- b) executar programas de trabalho específicos, destinados a proporcionar a pessoas idosas a possibilidade de realizar atividades produtivas adequadas às suas capacidades, respeitando sua vocação ou desejos;

c) promover a formação de organizações sociais destinadas a melhorar a qualidade de vida das pessoas idosas.

No cenário nacional, a Constituição da República de 1988 consolidou a proteção à velhice, especialmente nos artigos 229 e 230, que estabelecem obrigações compartilhadas entre o Estado e a família na promoção do bem-estar da pessoa idosa, veja:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos

No entanto, a efetividade dessas previsões depende da estruturação de políticas públicas robustas, pois, conforme destacam Santos & Silva (2013, p. 9), a responsabilização da família, sem apoio estatal suficiente, pode resultar em abandono e marginalização do idoso. Ao relacionar esse relevante instrumento normativo à realidade enfrentada pelos idosos nas contratações de empréstimos consignados, marcadas por frequentes fraudes e abusos, observa-se, com base nos princípios que fundamentam as normas mencionadas, que tanto o Estado quanto a família possuem o dever de proteger, orientar e informar essas pessoas. Essa atuação conjunta é essencial para que os idosos não permaneçam desassistidos ou desamparados diante da complexidade e do excesso de informações contratuais, que muitas vezes não são devidamente compreendidas ou explicadas a eles.

A Constituição Federal ainda garantiu importantes avanços, como a vinculação dos benefícios previdenciários ao valor do salário mínimo, conforme art. 201, § 2º, sendo essa adaptação primordial para extirpar as divergências existentes entre aposentadorias por idade dos trabalhadores rurais (FUNRURAL) em relação aos trabalhadores urbanos. Ainda nessa normativa legal, tem-se a assistência social aos idosos em situação de vulnerabilidade, nos termos do art. 203, V da CF/1988 (regulamentada pela Lei nº 8.742/93), em que é assegurada a “garantia de um salário mínimo, desde que o idoso comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”. Destaca-se que a proteção previdenciária foi estendida por meio do princípio da irredutibilidade dos benefícios, assegurando não apenas o valor nominal, mas também o valor real, conforme destaca Kertzman (2014, p. 56).

Em 1994 é lançada a Política Nacional do Idoso (PNI), através da Lei nº 8.842/94 que regulamenta os artigos constitucionais pertinentes e define diretrizes para a promoção da autonomia, participação e integração social dos idosos. A norma introduziu o dever de denúncia por parte da sociedade frente a violações de direitos e reiterou a liberdade da pessoa idosa quanto à

disposição de seus bens, ressalvada a incapacidade judicialmente reconhecida (Art. 10, §1º). Como destaca Leite (2007, p. 52), a PNI, embora principiológica, fornece subsídios interpretativos relevantes e representa um marco na consolidação da proteção normativa à pessoa idosa.

Mais tarde, com a promulgação da Lei nº 10.741/2003 — o Estatuto do Idoso — houve significativa ampliação da proteção jurídica à pessoa idosa. O Estatuto adota critério cronológico e considera pessoa idosa aquela com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (art. 1º), bem como, consolida direitos sociais básicos e institui mecanismos de efetivação, como o atendimento prioritário (art. 3º, §1º) e a destinação preferencial de recursos públicos. Estabelece também a prioridade de acolhimento familiar, ressalvadas as situações de risco. O Estatuto representa um instrumento de transformação social, política e cultural, buscando garantir o exercício pleno da cidadania e da dignidade da pessoa idosa. O princípio da proteção integral, mencionado por Machado e Leal (2018, p. 5), impõe ao Estado e à sociedade o dever de desenvolver políticas públicas adequadas às especificidades biopsicossociais do envelhecimento. Em seguida, com a Lei nº 13.466/2017, foi introduzido o conceito de “superprioridade” para os idosos com mais de 80 (oitenta) anos (art. 3º, §2º), exigindo do poder público medidas diferenciadas de atenção. Garantir a prioridade no atendimento da população idosa é, sobretudo, garantir a dignidade da pessoa humana e do envelhecimento digno. Acrescente-se, no entanto, que a garantia da prioridade deve ser acompanhada de uma fiscalização e atualização das políticas de proteção à pessoa idosa pelo poder público, mas também por toda a sociedade, sob pena de se tornar apenas letra morta, sem eficácia prática (Xavier, 2018).

Frente aos anseios e necessidades da sociedade, em 2022 tem-se a Lei nº 14.423, que altera o Estatuto do Idoso no intuito de substituir, em toda a lei, as expressões “idoso” e “idosos” pelas expressões “pessoa idosa” e “pessoas idosas”, respectivamente. Essa mudança, visa promover uma linguagem mais inclusiva e sensível às questões de gênero, reconhecendo a diversidade e garantindo maior representatividade a todos os indivíduos na terceira idade.

Sem prejuízo ao tema principal, convém apontar que a formulação de políticas públicas específicas é essencial para concretizar os direitos da população idosa. Conforme Souza (2006, p. 26), tais políticas são expressões da atuação do Estado em prol da coletividade, sendo instrumento de transformação da realidade social.

No caso brasileiro, as políticas públicas destinadas às pessoas idosas podem ser agrupadas em cinco eixos principais: a) saúde com a Política Nacional de Saúde do Idoso (1999) visa promover a autonomia e a independência, em consonância com o SUS; b) assistência social, onde a LOAS (1997) instituiu o Benefício de Prestação Continuada (BPC) para idosos em situação de vulnerabilidade; c) previdência com o sistema previdenciário deve ir além da concessão de

benefícios, garantindo a integridade e a segurança financeira dos idosos; d) esporte, lazer e turismo, tem-se que a Constituição (art. 6º) e a Política Nacional do Idoso asseguram o direito ao lazer como meio de inclusão social; e) educação e informação em que a divulgação de conteúdos educativos sobre o envelhecimento é essencial para o combate à discriminação e à violência, além de prevenir fraudes em relações de consumo. Conforme o exposto, a promoção de políticas públicas para a população idosa amplia suas liberdades positivas e assegura dignidade e inclusão social, devendo ser prioridade contínua do Estado, independentemente do governo em exercício.

3. CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO PARA PESSOAS IDOSAS BENEFICIÁRIAS DO INSS

A Lei nº 10.820/2003 disciplina a modalidade de empréstimos consignados para beneficiários do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), incluindo, de forma especial, a pessoa idosa aposentada. Tal contrato configura-se como espécie de mútuo bancário, em que a instituição financeira concede crédito ao beneficiário da previdência social mediante autorização irrevogável e irretratável para que a fonte pagadora – no caso, o INSS – efetue descontos diretos em folha para amortização da dívida contraída junto às instituições financeiras consignatárias. Esse modelo contratual, embora simplificado em sua execução, está submetido aos princípios fundamentais do direito contratual brasileiro, exigindo observância aos requisitos legais quanto à capacidade, consentimento, objeto lícito, forma prescrita e boa-fé objetiva.

Cabe destacar que, por quase vinte anos, a Lei nº 10.820/2003 proibia que os beneficiários do BPC (Benefício de Prestação Continuada à pessoa idosa ou à pessoa com deficiência) — previstos na Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93) e de natureza estritamente assistencial — realizassem empréstimos consignados vinculados a esses benefícios. Assim, a norma restringia a possibilidade de contratação de crédito consignado apenas aos titulares de benefícios previdenciários do INSS, excluindo os de caráter assistencial. Essa limitação foi alterada apenas em 2022, com a promulgação da Lei nº 14.431/2022.

A norma, anteriormente, excluía da possibilidade de consignação voluntária os benefícios de natureza assistencial, tais como a Renda Mensal Vitalícia por invalidez ou idade, a pensão mensal vitalícia destinada ao seringueiro e os Benefícios de BPC. A vedação decorria da própria finalidade desses benefícios, que é garantir um patamar mínimo de subsistência à população em situação de vulnerabilidade, o que poderia ocasionar o comprometimento da própria subsistência dos beneficiários com descontos automáticos em folha, sendo esta a realidade atual dos beneficiários do BPC.

No entanto, em março de 2023, a Medida Provisória nº 1.164/2023 suspendeu

temporariamente novas contratações de empréstimos consignados para beneficiários do BPC. Essa suspensão foi posteriormente revertida, e em junho de 2023, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva aprovou a Lei nº 14.601, que restabeleceu a possibilidade de contratação de empréstimos consignados pelos beneficiários do BPC, com novas regras de concessão

A referida norma (Lei nº 10.820/2003) estabelece parâmetros essenciais para sua celebração, destacando, inicialmente, os sujeitos legitimados a autorizar os descontos, senão, observe:

Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social e do benefício de prestação continuada de que trata o art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, poderão autorizar que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) proceda aos descontos referidos no art. 1º desta Lei e, de forma irrevogável e irreatável, que a instituição financeira na qual recebam os seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, na forma estabelecida em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS e ouvido o Conselho Nacional de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 14.431, de 2022)

Outro elemento relevante é a limitação da margem consignável, definida originalmente em 30% do valor do benefício previdenciário. Contudo, o §5º, com redação dada pela Lei nº 14.601/2023, estabelece que os titulares de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) podem ter até 45% do valor de seus benefícios comprometidos com descontos e retenções para operações financeiras, desde que autorizadas expressamente. Esse percentual é dividido da seguinte forma: 35% são destinados exclusivamente ao pagamento de empréstimos, financiamentos e arrendamentos mercantis; 5% são reservados para a amortização de despesas ou saques realizados por meio de cartão de crédito consignado; e outros 5% são destinados exclusivamente à amortização de despesas ou saques realizados por meio do cartão consignado de benefício. Destaca-se, em última análise, que tais alterações podem inviabilizar o cumprimento da função primordial do benefício previdenciário: assegurar a dignidade, subsistência e bem-estar da pessoa idosa e de sua família.

Mister se faz esclarecer que a Instrução Normativa nº 138/2022, editada pela Presidência do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em 2022, regulamenta de forma minuciosa os procedimentos operacionais relativos à consignação de empréstimos e de despesas com cartão de crédito sobre benefícios previdenciários e assistenciais. Trata-se do principal instrumento infralegal que define os critérios técnicos, procedimentais e jurídicos para a efetivação de descontos automáticos em folha dos beneficiários do INSS, assegurando diretrizes normativas tanto às instituições financeiras quanto à autarquia previdenciária.

Em consonância com a legislação que disciplina os empréstimos consignados, a Instrução Normativa nº 138 também delimita os tipos de benefícios que são passíveis de sofrerem retenções

voluntárias. Nesse sentido, são considerados elegíveis os benefícios de aposentadoria – sejam elas por idade, por tempo de contribuição, por invalidez, aposentadorias especiais ou as denominadas aposentadorias por velhice – e os benefícios decorrentes de pensão por morte, independentemente da sua espécie, bem como benefícios assistenciais à pessoa com deficiência e à pessoa idosa (BPC).

Com base no Anexo II da Instrução Normativa PRES/INSS nº 138, de 10 de novembro de 2022, com redação alterada pela Instrução Normativa PRES/INSS nº 154, de 12 de setembro de 2023, observa-se que diversas espécies de benefícios previdenciários são expressamente vedadas para a averbação de crédito consignado. Entre elas, destacam-se os auxílios por incapacidade temporária, auxílio-doença, auxílio-acidente, auxílio-reclusão, salário-maternidade, salário-família, pecúlios, abonos de permanência e funeral, bem como benefícios voltados a trabalhadores rurais, ex-combatentes e seringueiros, além de pensões e auxílios extintos oriundos de antigos planos previdenciários. A vedação se justifica pela natureza assistencial, temporária ou indenizatória de grande parte dessas espécies, que não possuem caráter permanente nem garantem continuidade de renda, o que inviabiliza a adoção de descontos automáticos em folha, próprios do crédito consignado. Tais restrições evidenciam o cuidado normativo em evitar o superendividamento de beneficiários hipossuficientes ou em situação de vulnerabilidade.

Necessário pontuar que a validade dos atos e negócios jurídicos depende do cumprimento de determinadas formalidades previstas em normas legais. No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 104 do Código Civil consagra, como regra geral, o princípio da liberdade das formas, permitindo que os negócios jurídicos se realizem da maneira que as partes entenderem, exceto quando a lei exigir forma específica para a sua validade.

Contudo, essa liberdade não se aplica aos contratos de empréstimo consignado firmados com beneficiários do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Nesses casos, exige-se a observância das disposições contidas na Instrução Normativa nº 138/2022, a qual estabelece procedimentos e requisitos específicos para a formalização dessas operações financeiras. O descumprimento dessas exigências pode acarretar a responsabilização da instituição financeira envolvida.

A normativa em questão define, por exemplo, a “acesso autenticado para autorização por meio eletrônico” como uma rotina que permite autorização por meio eletrônico, confirmação da identidade do cliente e contratação da operação diretamente junto às instituições financeiras, por meio de acesso autenticado, em seus canais físicos ou eletrônicos, a partir da utilização de ferramentas tecnológicas, inclusive biometria, já utilizadas por essas instituições. Essa autorização eletrônica surgiu como resposta à crescente digitalização dos serviços financeiros, refletindo a necessidade de adaptar os procedimentos legais à realidade tecnológica. No entanto, a validade

dessa autorização depende do cumprimento de requisitos mínimos de segurança, sob pena de nulidade do contrato e prejuízos ao beneficiário.

Uma vez concluída a contratação, procede-se à averbação no sistema informatizado do INSS, o que, conforme a própria norma, significa o registro formal do contrato de crédito nos sistemas da autarquia e da Dataprev. A Instrução Normativa também conceitua outros elementos relevantes, como o beneficiário (o titular de benefícios elegíveis ao consignado, pagos pelo INSS, exceto as espécies não permitidas relacionadas no Anexo), a consignação (desconto feito diretamente no benefício) e a instituição financeira mantenedora do pagamento, autorizada a operar com crédito consignado. A normativa ainda aborda conceitos como repactuação ou refinanciamento — que é a renegociação de condições contratuais — e glosa, que consiste na correção de descontos indevidos que tenham sido repassados às instituições financeiras, mesmo após a quitação da dívida.

O artigo 5º da Instrução Normativa nº 138/2022 do INSS define critérios específicos para autorizar descontos em benefícios previdenciários relativos a empréstimos consignados. A operação deve ser realizada por instituição consignatária ou correspondente autorizado, conforme a Resolução CMN nº 4.935/2021, sendo a consignatária responsável pelos atos praticados. A contratação exige assinatura de contrato com reconhecimento biométrico, mediante apresentação de documento oficial com foto e CPF. A autorização deve ser expressa e biométrica, sendo inválidas gravações de voz ou chamadas telefônicas. O benefício não pode estar bloqueado para operações de crédito no momento da contratação, e os descontos não podem exceder 45% da margem consignável, divididos em até 35% para empréstimos pessoais, 5% para cartão de crédito consignado e 5% para cartão consignado de benefício, conforme o §5º do art. 6º da Lei nº 10.820/2003. O prazo máximo de parcelamento é de 96 meses, conforme a Instrução Normativa PRES/INSS nº 181/2025. O valor contratado deve ser creditado na conta em que o benefício é normalmente pago, em conta do titular por ele indicada ou por ordem de pagamento, preferencialmente na agência habitual de recebimento.

Apesar dessas exigências, fraudes ainda ocorrem, especialmente mediante uso de documentos falsificados. A doutrina jurídica, atenta ao tempo gasto pelo consumidor para resolver esse tipo de situação, cunhou a expressão “desvio produtivo do consumidor”. A jurisprudência também reconhece o direito à reparação nesses casos, como ilustra a decisão do TJPE (Apelação nº 0000913-49.2009.8.17.0670), que condenou instituição financeira por envio indevido de cartão de crédito com margem consignada, resultando em contratação sem anuência do beneficiário.

A própria IN prevê que as instituições financeiras somente podem submeter o contrato à averbação após a assinatura do beneficiário, ainda que por meio eletrônico. Caso essa exigência não seja cumprida, a operação será considerada inválida, ensejando responsabilização da instituição e

possível exclusão da consignação. Novos mecanismos de segurança foram inseridos: o representante legal (curador ou tutor) somente pode autorizar a contratação de crédito com autorização judicial expressa; já o representante convencional (procurador) está impedido de autorizar tal desconto. Essas medidas visam proteger os segurados em situação de vulnerabilidade, como idosos, pessoas com deficiência ou com limitações na compreensão de atos da vida civil.

No caso de correspondentes bancários, a antiga Instrução Normativa INSS/PRES nº 28/2008 já estabelecia que os empréstimos somente poderiam ser contratados por meio de instituições conveniadas ou correspondentes bancários por elas autorizados, com responsabilidade solidária da instituição financeira pelos atos de seus prepostos, conforme também previsto no Código de Defesa do Consumidor e na Resolução nº 3.954/2011 do Banco Central. Com a entrada em vigor da Instrução Normativa PRES/INSS nº 138/2022, essa diretriz foi mantida no art. 5º, inciso I, agora em consonância com a Resolução nº 4.935/2021 do Banco Central do Brasil, reforçando o dever de diligência das instituições acordantes quanto à conduta de seus representantes.

Anteriormente, a normativa limitava a quantidade de contratos de crédito ativos por beneficiário: até nove para empréstimos pessoais e um para cartão de crédito. Contudo, a nova regulamentação não mais estabelece tal limitação numérica, passando a fixar o comprometimento da margem consignável em até 45% da renda líquida do benefício, sendo: 35% para empréstimos pessoais, 5% para cartão de crédito consignado e 5% para cartão consignado de benefício (IN nº 138/2022, art. 5º, V). A exigência de que a contratação ocorresse apenas no estado da federação onde o benefício era mantido — prevista na IN nº 28/2008 — foi expressamente revogada pela Instrução Normativa PRES/INSS nº 148/2023, ampliando a possibilidade de contratação em todo o território nacional, desde que observadas as demais exigências legais.

Com vistas a coibir práticas abusivas, como a imposição de juros excessivos ou a cobrança de encargos indevidos, a atual normativa (IN nº 138/2022, art. 12) impõe limites claros às instituições financeiras: (i) o prazo máximo de pagamento do empréstimo pessoal consignado a partir de 2025 é de 96 parcelas mensais; (ii) a taxa de juros deve observar o teto fixado pelo Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS, visando coibir a cobrança de taxas de juros abusivas; (iii) é vedada a cobrança de Taxa de Abertura de Crédito (TAC) e de outras taxas administrativas; (iv) não se admite prazo de carência para início dos pagamentos; e (v) proíbe-se a inclusão de seguros prestamistas ou similares nas operações de consignação. Todas essas práticas, por muitos anos eram corriqueiramente efetuadas pelas instituições financeiras e questionadas judicialmente.

Conclui-se, portanto, que o rigor formal imposto pela IN nº 138/PRES/INSS — em

substituição à IN nº 28/2008 — tem por finalidade resguardar os beneficiários da Previdência Social contra abusos contratuais, fraudes e condutas lesivas. A observância dessas formalidades representa não apenas um requisito de validade contratual, mas um mecanismo de proteção à dignidade e à segurança financeira de uma população frequentemente vulnerável às práticas predatórias do mercado de crédito.

Ainda nesta seção, importa ressaltar que os contratos são instrumentos jurídicos essenciais para a formalização de compromissos entre partes, exercendo papel central nas relações obrigacionais. Para Leite (2007), o contrato é a "lei entre as partes", resultante do acordo de vontades. Todavia, essa liberdade contratual é relativizada nos contratos padronizados, nos quais uma das partes apenas adere às cláusulas previamente estipuladas, sem possibilidade de negociação efetiva. A manifestação de vontade é o elemento que confere validade ao contrato. Leite (2007) adverte que, nos contratos de adesão, pode haver comprometimento do consentimento livre, abrindo margem para abusos. Diniz (2012), de maneira semelhante, conceitua contrato como acordo de vontades segundo a ordem jurídica, voltado a regular interesses patrimoniais, sendo a liberdade e a consciência da vontade elementos indispensáveis para sua eficácia.

A validade do contrato exige o atendimento a requisitos subjetivos, objetivos e formais. Os requisitos subjetivos compreendem a capacidade civil e a livre manifestação de vontade. Gonçalves (2012) aponta a necessidade de capacidade geral e específica para contratar, bem como a ausência de vícios de consentimento. A Lei nº 13.146/2015, ao reformular o regime da capacidade civil das pessoas com deficiência, aboliu a presunção absoluta de incapacidade, exceto nos casos de curatela judicial específica. Isso impacta diretamente os contratos celebrados por pessoas idosas: se curateladas, só terão validade se firmados por seu representante legal, conforme estabelece a IN nº 138/2022, art. 5º, §§ 2º e 4º. A ausência de participação do curador pode ensejar a nulidade do negócio jurídico.

O consentimento, conforme Gonçalves (2012), deve ser bilateral e livre de vícios como erro, dolo ou coação. Casos envolvendo beneficiários analfabetos evidenciam os riscos de vício de vontade. Nesses contextos, a instituição financeira deve assegurar a plena compreensão dos termos contratuais, conforme exige o art. 595 do Código Civil, que impõe a presença de duas testemunhas e assinatura a rogo ou por procuração pública. A normativa atual reforça que apenas o representante legal pode autorizar descontos em folha, sendo vedada a atuação de procurador comum sem poderes específicos conferidos por instrumento público (IN nº 138/2022, art. 5º, § 4º).

No tocante aos requisitos objetivos, Gonçalves (2012) destaca que o objeto contratual deve ser lícito, possível e determinado ou determinável. Já quanto à forma, embora o art. 107 do Código Civil consagre a liberdade formal, as normas infralegais e a prática bancária impõem exigências

específicas, especialmente para públicos vulneráveis. Nos contratos de mútuo bancário com desconto em folha — como os empréstimos consignados — a formalização pode ser eletrônica, desde que observados critérios de segurança. A IN nº 138/2022, em seus §§ 10 e 11 do art. 5º, veda expressamente a formalização por telefone ou gravação de voz, exigindo reconhecimento biométrico ou acesso autenticado para assegurar a validade do ato.

O contrato de empréstimo consignado é juridicamente classificado como contrato de mútuo, nos termos do art. 586 do Código Civil, por envolver o empréstimo de bens fungíveis (dinheiro), cujo retorno acrescido de encargos é permitido pelo art. 591 do mesmo diploma. Por ser usualmente elaborado em formato de adesão, impõe cláusulas predefinidas, o que restringe a liberdade contratual e dificulta a compreensão, sobretudo para pessoas idosas ou com baixa escolaridade. Entre as práticas abusivas mais recorrentes, destaca-se a chamada "venda casada", como a imposição de contratação de seguros ou produtos acessórios, prática vedada tanto pelo Código de Defesa do Consumidor quanto pela IN nº 138/2022 (art. 12, V).

Adicionalmente, algumas cláusulas autorizam o compartilhamento de dados pessoais com terceiros para fins de marketing, prática que afronta os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). Também são previstas cláusulas que permitem a inscrição do nome do contratante em cadastros de inadimplentes como SPC e SERASA, o que, embora legítimo em caso de inadimplemento efetivo, torna-se abusivo quando a contratação for viciada ou não consentida, sobretudo quando se verifica desconto indevido no benefício previdenciário. Nesses casos, cabe indenização por danos morais.

Outro ponto sensível refere-se à validação contratual por meios tecnológicos, como reconhecimento por voz, biometria ou interfaces digitais. Tais práticas revelam-se inadequadas quando aplicadas a pessoas idosas, analfabetas ou vulneráveis, pois comprometem a clareza, a transparência e a segurança jurídica da manifestação de vontade. São frequentes os casos de consumidores analfabetos que celebram contratos sem o cumprimento das formalidades legais — como a exigência de assinatura a rogo ou procuração pública — o que configura grave violação aos princípios da boa-fé objetiva e da confiança legítima.

Diante desse panorama, é urgente a implementação de mecanismos eficazes de proteção ao consumidor hipervulnerável, garantindo-se o respeito ao consentimento livre e esclarecido. A atuação diligente das instituições financeiras e a fiscalização pelos órgãos competentes são indispensáveis para prevenir a responsabilização civil nas esferas judicial e administrativa.

4. LEI Nº 12.027/2021 DO ESTADO DA PARAÍBA E A DEFESA DA PESSOA IDOSA CONSUMIDORA

Atualmente, no Brasil, cresce de forma alarmante o número de pessoas idosas beneficiárias do INSS vítimas de empréstimos consignados indevidos. Instituições financeiras, sem autorização prévia, realizam depósitos nas contas desses clientes, caracterizando contratações irregulares de crédito. Essa prática está diretamente ligada à terceirização dos serviços bancários, especialmente no processo de intermediação de crédito, muitas vezes delegado a empresas vendedoras de serviços. Diante desse cenário, propõe-se uma análise crítica e sistematizada das vulnerabilidades que afetam a população idosa frente às fraudes em operações de crédito consignado. Em um contexto marcado pela crescente digitalização dos contratos bancários, muitas pessoas idosas enfrentam dificuldades para compreender os termos contratuais, acesso limitado às tecnologias e ausência de apoio familiar ou institucional. Em situações ainda mais graves, os empréstimos são contratados sem qualquer contato com o beneficiário, e os valores nem chegam às suas contas, sendo desviados para terceiros. A fraude só é percebida com o desconto no benefício mensal. As instituições financeiras e suas terceirizadas se aproveitam da condição de vulnerabilidade da pessoa idosa, que, por limitações técnicas ou falta de acesso a canais eficazes de resolução, muitas vezes não consegue reagir. Além disso, essas práticas violam a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18) ao acessarem indevidamente informações dos aposentados, e afrontam o Código de Defesa do Consumidor, que proíbe o fornecimento de produtos ou serviços não solicitados (art. 39, III). Esse conjunto de fatores coloca as pessoas idosas em uma situação de hipervulnerabilidade — uma condição de fragilidade acentuada, que combina aspectos jurídicos, sociais, técnicos e informacionais.

Entre as diversas formas de vulnerabilidade identificadas, destacam-se: (i) a vulnerabilidade técnica, relacionada ao desconhecimento sobre cláusulas e encargos contratuais; (ii) a vulnerabilidade digital, referente à exclusão tecnológica e dificuldade de utilização de sistemas eletrônicos para contratação; (iii) a vulnerabilidade social, que decorre do isolamento ou da falta de apoio institucional e familiar; e (iv) a vulnerabilidade na relação de consumo, dada a notória desigualdade entre instituições financeiras e pessoas idosas consumidoras. Essas fragilidades se agravam diante de práticas abusivas ou ilícitas, como assédio comercial, contratação forçada e ausência de consentimento livre e informado.

Importante frisar que existem mecanismos de controle prévio voltados à prevenção de fraudes na contratação de empréstimos consignados por beneficiários do INSS, com destaque para as normas recentemente consolidadas pela Instrução Normativa PRES/INSS nº 138/2022. Essa normativa estabelece, em seu art. 8º, que os benefícios concedidos a partir de 1º de abril de 2019 permanecem bloqueados para a realização de operações de crédito consignado pelo prazo mínimo de 90 (noventa) dias, contados da Data de Despacho do Benefício – DDB, exceto quando a contratação for realizada diretamente com a primeira instituição financeira pagadora. A partir de

2025, o desbloqueio imediato nesses casos passou a ser autorizado desde a concessão, reforçando a necessidade de cautela por parte do beneficiário já que a instituição bancária responsável por pagar o seu benefício já poderá realizar uma operação de empréstimo bancário desde a concessão do benefício, sem carência prévia, como ocorre com as demais instituições.

Além disso, a IN nº 138/2022 proíbe expressamente a autorização de descontos por meio de ligação telefônica ou gravação de voz (art. 5º, III), exigindo o uso de reconhecimento biométrico ou acesso autenticado com mecanismos de segurança digital. O procurador cadastrado para fins de recebimento do benefício não poderá autorizar o desbloqueio para crédito consignado, salvo mediante instrumento público com poderes específicos (art. 8º, § 5º). Ainda segundo a normativa, o desbloqueio e o bloqueio do benefício podem ser realizados por meio eletrônico (nível prata ou ouro da conta gov.br) ou por atendimento presencial agendado.

Tais medidas substituem e atualizam as previsões anteriormente estabelecidas pela IN nº 100/2018, que fixava o bloqueio inicial e vedava o marketing ativo pelas instituições financeiras nos primeiros 180 dias após o deferimento do benefício. Com a nova regulamentação, embora não haja menção expressa à proibição de publicidade, reforça-se a responsabilização das instituições por práticas que induzam o beneficiário ao erro, em especial nos primeiros meses após a concessão do benefício.

Dessa forma, orienta-se que os dados pessoais do beneficiário sejam fornecidos apenas a instituições financeiras devidamente conveniadas ao INSS e habilitadas nos termos do Acordo de Cooperação Técnica (ACT) com a Dataprev, de modo a evitar riscos, especialmente na internet. Em caso de uso indevido das informações ou contratação fraudulenta, o beneficiário deve buscar proteção por meio dos órgãos de defesa do consumidor e das plataformas oficiais, como o portal consumidor.gov.br, conforme previsto no art. 25 da IN nº 138/2022.

Ainda no que pese a mecanismos de controle, é possível se deparar com os extrajudiciais, que visam mitigar os efeitos ou suspender os impactos decorrentes de contratações indevidas de empréstimos consignados. Tais medidas podem ser adotadas junto a órgãos públicos como o Banco Central, o INSS e os órgãos de defesa do consumidor. O beneficiário que identificar uma contratação irregular pode registrar reclamação no Banco Central, por meio do telefone 145 ou do site da instituição. No âmbito do INSS, o registro da denúncia deve ser feito pela central telefônica 135, não havendo atendimento presencial para essa finalidade. Outro importante instrumento é a plataforma www.consumidor.gov.br, acessada via login único do Governo Federal, que permite o envio da reclamação aos órgãos competentes de defesa do consumidor, os quais adotarão as providências cabíveis para analisar a irregularidade e buscar a solução do conflito.

Como outra saída, há a esfera judicial, onde o consumidor dispõe de ações específicas para

enfrentar contratações indevidas de empréstimos consignados. Dentre elas, destaca-se a ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com pedido de repetição do indébito e indenização por danos morais. A petição deve ser instruída com documentos como extratos de empréstimos consignados, contendo o valor das prestações, número de parcelas, margem consignável e montante contratado. Embora o contrato seja um documento essencial, sua apresentação costuma ser de responsabilidade da parte ré, diante da aplicação da inversão do ônus da prova, comum nas ações consumeristas, especialmente em casos envolvendo consumidores hipervulneráveis, como pessoas idosas. Nessas ações, o autor pode requerer prioridade processual, garantida pelo Estatuto do Idoso aos maiores de 60 anos, o que assegura tramitação mais célere. Também é possível pleitear a repetição do indébito, indenizações por danos morais e materiais, a nulidade do contrato, a cessação dos descontos indevidos, a responsabilização objetiva da instituição financeira e a imposição de astreintes, em caso de descumprimento de decisões judiciais.

Nesse cenário, e ainda visando mitigar situações fraudulentas, a Lei nº 12.027/2021 do Estado da Paraíba estabeleceu um importante marco normativo: a obrigatoriedade de que os contratos de operações de crédito, quando realizados por telefone ou por meios eletrônicos, sejam confirmados com a assinatura física do consumidor pessoa idosa para que tenham validade, um dos requisitos dos contratos no direito civil. Tal norma reconhece a fragilidade dessa parcela da população frente à contratação remota e busca assegurar que a manifestação de vontade seja inequívoca. Essa exigência não apenas reforça a necessidade do consentimento informado, mas também representa uma forma concreta de proteção à autonomia da pessoa idosa, alinhando-se aos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e da função social dos contratos.

Vale lembrar que essa legislação foi questionada judicialmente, mas o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 7220, reconheceu sua constitucionalidade, destacando a competência concorrente dos Estados para legislar sobre proteção ao consumidor e salientando que a norma estadual é proporcional e adequada ao objetivo de tutelar um grupo socialmente vulnerável. Com isso, ratifica-se o entendimento de que o Estado pode, sim, estabelecer salvaguardas adicionais para garantir o equilíbrio nas relações de consumo, especialmente quando se trata de pessoas idosas.

Portanto, a exigência da assinatura física, além de representar uma barreira contra fraudes, resgata a participação ativa e consciente da pessoa idosa na contratação do crédito, reforçando a transparência e a legitimidade da relação contratual. Trata-se de um avanço normativo com potencial para influenciar outras unidades da federação, mostrando que a proteção da pessoa idosa demanda ações específicas e contextualizadas. Em termos práticos, a exigência de assinatura física impõe às instituições financeiras e correspondentes bancários o dever de observar cuidados

redobrados na formalização de contratos com pessoas idosas. Ao mesmo tempo, exige-se que os órgãos públicos de defesa do consumidor atuem de forma proativa na fiscalização dessas práticas e na educação financeira da população idosa, promovendo campanhas de conscientização e criando canais acessíveis de denúncia.

Dessa forma, essa legislação estadual coloca a Paraíba em uma posição de vanguarda e que serve de exemplo para os demais estados, pois atua tanto na dimensão preventiva — inibindo o assédio e as contratações precipitadas — quanto na dimensão reparatória, ao oferecer mais segurança jurídica e elementos probatórios para eventual contestação judicial. Assim, diante de um contrato firmado sem o cumprimento da exigência da assinatura física, há forte fundamento para requerer sua nulidade, especialmente quando ausente qualquer manifestação válida e consciente do consumidor.

Ademais, a jurisprudência já reconhece a aplicabilidade da Lei nº 12.027/2021 que se encontra em pleno vigor e aplicação no Estado da Paraíba, conforme recente decisão proferida pela Turma Recursal Permanente de Campina Grande, no âmbito do Recurso Inominado nº 0802051-95.2024.8.15.0751. Na ocasião, o Tribunal reafirmou a obrigatoriedade da assinatura física por parte de pessoas idosas em contratos de operação de crédito firmados por meios eletrônicos ou telefônicos, reconhecendo a nulidade do contrato firmado apenas com assinatura digital. A decisão destacou, ainda, que a referida norma já teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, reforçando sua plena eficácia e aplicabilidade na proteção dos direitos dos consumidores pessoas idosas, especialmente no que tange à contratação de empréstimos consignados.

Diante do exposto, constata-se que a proteção da pessoa idosa requer uma atuação articulada entre instrumentos normativos, administrativos e judiciais. É imprescindível que as instituições financeiras observem criteriosamente os requisitos formais e materiais de validade contratual, respeitando os dispositivos de proteção existentes, como a Lei nº 12.027/2021, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral de Proteção de Dados. O descumprimento dessas normas configura prática abusiva, sujeita à responsabilização nas esferas civil e administrativa.

Importa destacar, ainda, que a eficácia da legislação estadual mencionada está condicionada à sua articulação com outros mecanismos protetivos — sejam eles administrativos, extrajudiciais ou judiciais. Ressalte-se que o enfrentamento das fraudes em empréstimos consignados deve ir além da sanção posterior, começando pela prevenção e pelo fortalecimento da autonomia e da segurança dos consumidores pessoas idosas, tal como propõe a Lei nº 12.027/2021, a qual serve de espelho para os demais Estados da Federação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa evidenciou que o Brasil vivencia um acelerado processo de envelhecimento populacional, o que impõe desafios crescentes ao Estado, especialmente no tocante à formulação e à execução de políticas públicas voltadas à proteção dos direitos da pessoa idosa. Nesse cenário, observa-se que as pessoas idosas se encontram em situação de hipervulnerabilidade, em razão de múltiplos fatores como a limitação de conhecimento técnico-jurídico, o distanciamento das ferramentas tecnológicas e a fragilidade social. Essa condição os torna alvos recorrentes de fraudes e abusos, como nos casos de contratação indevida de empréstimos consignados.

Dentre os fatores que contribuem para essa vulnerabilidade, destaca-se a renda estável oriunda de benefícios previdenciários, o que atrai práticas criminosas por parte de instituições financeiras ou terceiros mal-intencionados. Em muitos casos, os contratos são firmados sem a devida autorização do beneficiário, por meio de canais não reconhecidos legalmente, como chamadas de telemarketing, ou até mesmo sem qualquer manifestação válida de vontade, o que fere frontalmente os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

Constatou-se, ainda, que a ausência de consentimento legítimo compromete a validade dos contratos, sobretudo quando formalidades essenciais são ignoradas – como a exigência de assinatura a rogo, com testemunhas, para beneficiários analfabetos, ou a ausência total de assinatura física. Essa prática, além de ilegal, agrava a insegurança contratual e mina a autonomia do idoso.

No âmbito preventivo, ressalta-se a importância de ações educativas contínuas voltadas à população idosa, com foco no uso consciente do crédito, no planejamento financeiro e na proteção de dados pessoais. Tais iniciativas devem ser conduzidas de forma integrada entre o poder público (INSS, órgãos de assistência social, secretarias municipais e estaduais de proteção ao idoso), sociedade civil organizada e meios de comunicação, promovendo a inclusão digital e a informação acessível como instrumentos de empoderamento. Entre as medidas práticas, destaca-se a possibilidade de bloqueio voluntário do benefício previdenciário para empréstimos consignados, disponível no aplicativo “Meu INSS”, o que reduz significativamente os riscos de fraudes. A orientação quanto ao fornecimento de dados pessoais também deve ser intensificada, uma vez que aposentados e pensionistas são frequentemente alvos de abordagens abusivas por telefone e internet.

No plano normativo, merece destaque a Lei nº 12.027/2021, do Estado da Paraíba, que institui como requisito a assinatura física da pessoa idosa em contratos bancários firmados por meios digitais ou telefônicos. Essa exigência visa assegurar um consentimento consciente, livre e inequívoco, reafirmando valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor idoso. A efetividade dessa norma, no entanto, depende não apenas de sua existência formal, mas de sua aplicação prática, com fiscalização rigorosa e atuação proativa dos órgãos de

defesa do consumidor, Ministério Público e Judiciário. A jurisprudência tem reafirmado a constitucionalidade dessa legislação, inclusive por meio de decisões do Supremo Tribunal Federal e da Turma Recursal da Paraíba, consolidando sua legitimidade como instrumento de equilíbrio nas relações de consumo. Contudo, é urgente que tais iniciativas sejam ampliadas e replicadas em outros entes federativos, a fim de criar uma malha protetiva mais robusta em todo o país. Além disso, é fundamental que o Poder Judiciário deixe de aplicar penalidades simbólicas às instituições financeiras envolvidas em práticas lesivas, sob pena de enfraquecer o caráter pedagógico das decisões judiciais.

Em síntese, a proteção da população idosa no contexto das contratações bancárias requer uma abordagem multidisciplinar e integrada, que envolva educação, fiscalização, responsabilização e, sobretudo, o reconhecimento da condição diferenciada da pessoa idosa nas relações de consumo. É necessário garantir a esses cidadãos não apenas o acesso à justiça, mas o pleno exercício de sua cidadania e a fruição de seus direitos em condições de liberdade, segurança e dignidade.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Guilherme. *A financeirização da velhice assola o Brasil*. Outra Saúde, 16 maio 2024. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasaude/a-financeirizacao-da-velhice-assola-o-brasil/>. Acesso em: 29 mar. 2025.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 29 mar. 2025.

BRASIL. Lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994. *Dispões sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8842.htm. Acesso em: 29 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 29 mar. 2025

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 29 mar. 2025.

BRASIL. Lei 10.820, de 18 de dezembro de 2003. *Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.820.htm. Acesso em: 29 mar. 2025.

BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. *Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 29 mar. 2025.

BRASIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 28, de 16 de maio de 2008. *Estabelece critérios e procedimentos operacionais relativos à consignação de descontos para pagamento de empréstimos e cartão de crédito, contraídos nos benefícios da Previdência Social*. Disponível em: <https://cutt.ly/Bce4Ch1>. Acesso em: 29 de mar de 2025.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. *Instrução Normativa PRES/INSS nº 138, de 10 de novembro de 2022*. Disciplina os procedimentos para desconto de valores referentes a empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil nos benefícios pagos pelo INSS. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ed. 215, p. 72-73, 11 nov. 2022. Atualizada até 28 fev. 2025

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências*. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 3 out. 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 29 de mar de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 7027/PB*. Julgamento em 17 dez. 2022. Relator: Min. Edson Fachin. Lei nº 12.027, de 26 de agosto de 2021, do Estado da Paraíba. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:2022-12-17;7027-6300105>. Acesso em: 29 de mar de 2025.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE DIRIGENTES LOJISTAS (CNDL). *Mesmo aposentados, 21% dos idosos continuam trabalhando, revela pesquisa CNDL/SPC Brasil*. Disponível em: <https://site.cndl.org.br/mesmo-aposentados-21-dos-idosos-continuam-trabalhando-revela-pesquisa-cndlspc-brasil/>. Acesso em: 29 mar. 2025.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. I.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Envelhecimento no Século XXI: celebração e desafio*. Nova Iorque: UNFPA, 2012. 8 p. Disponível em: https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/swop2012_2.pdf. Acesso em: 29 mar. 2025.

GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais / Carlos Roberto Gonçalves. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBGE. *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 29 mar. 2025.

MONTE-MÓR, Roberto L.; SILVA, Harley. *Transição urbana, urbanização extensiva e meio ambiente: diálogos possíveis*. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA DE POPULAÇÃO, 4., 2010, Havana. Anais [...]. Havana: ALAP, 2010. Disponível em: https://files.alapop.org/congreso4/files/pdf/alap_2010_final536.pdf. Acesso em: 29 mar. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 mar. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento*. Disponível em: <https://www.un.org/en/conferences/ageing/vienna1982>. Acesso em: 29 mar. 2025.

PARAÍBA. Lei nº 12.027, de 26 de agosto de 2021. *Dispõe sobre a obrigatoriedade da assinatura física das pessoas idosas em contratos de operação de crédito firmados por meio eletrônico ou telefônico*. Diário Oficial do Estado da Paraíba, João Pessoa, 27 ago. 2021. Disponível em: <https://sapl3.al.pb.leg.br/norma/14167>. Acesso em: 29 mar. 2025.

RAMOS, André de C. *Processo internacional de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RESOLUÇÃO Nº 3.110 BANCO CENTRAL, DE 31 DE JULHO DE 2003. *Altera e consolida as normas que dispõem sobre a contratação de correspondentes no País*. Disponível em: <https://cutt.ly/tce7GUq>. Acesso em: 29 mar. 2025.

RESOLUÇÃO Nº 3.954 BANCO CENTRAL, DE 24 DE FEVEREIRO DE 2011. *Altera e consolida as normas que dispõem sobre a contratação de correspondentes no País*. Disponível em: <https://cutt.ly/tce7GUq>. Acesso em: 29 mar. 2025.

SANTOS, C. E.; SILVA, L. R. *O idoso e a família: desafios da contemporaneidade*. São Paulo: Cortez, 2013.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, ISSN 1807-0337, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez 2006, p. 30-45. Disponível em: <https://cutt.ly/xcrw5Dx>. Acesso em: 29 mar. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA TJ-PB: 0802051-95.2024.8.15.0751 PB. *JUSBRASIL*, 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/709668328/processo-n-080XXXX-9520248150751-do-tjpb>. Acesso em: 29 mar. 2025.

XAVIER, Daniela Sodré. *A superprioridade em face dos procedimentos adotados na delegacia de atendimento ao idoso do estado da Bahia: análise crítica*. 2018. Disponível em: <https://cutt.ly/ucroE3b>. Acesso em: 29 mar. 2025.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS ESPAÇOS DE PODER: DEMOCRACIA E REPRESENTATIVIDADE

Guilherme de Almeida PRAZERES¹

Juliana Izar Soares da Fonseca SEGALLA²

Silvano Furtado da Costa e SILVA³

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a representatividade das pessoas com deficiência nos espaços de poder, bem como a importância disso em um ambiente democrático. Através de uma abordagem que percorre a Teoria do Estado, o direito positivado, os preceitos constitucionais fundamentais e as normas do direito internacional, busca-se compreender o conceito de espaço de poder na democracia representativa. O texto reflete sobre a ausência de pessoas com deficiências nesses espaços decisórios e, por fim, conclui lançando luz à urgência de que a diversidade humana seja efetivamente representada nos espaços de poder, garantindo uma participação política efetiva para pessoas com deficiência. Utilizou-se o método dedutivo, a partir de uma pesquisa de natureza exploratória e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: pessoas com deficiência; espaços de poder; democracia; representatividade; inclusão.

ABSTRACT

This article aims to analyze the representation of people with disabilities in spaces of power, as well as the importance of this representation in a democratic environment. Through an approach that covers state theory, positive law, fundamental constitutional principles, and international law norms, the article seeks to understand the concept of spaces of power in representative democracy. The text reflects on the absence of people with disabilities in decision-making spaces and, ultimately, concludes by highlighting the urgency of ensuring that human diversity is effectively represented in

1 Doutorando pela Faculdade de Educação da Unicamp, bolsista CAPES de Excelência Acadêmica, mestre na mesma instituição e bacharel em Direito pela PUC/PR. Atua na linha de frente da inclusão e direitos das pessoas autistas como presidente da Autistas Brasil, entidade de referência nacional. É o único pesquisador brasileiro integrante do Stanford Neurodiversity Project, onde participa dos comitês de Inclusão no Ensino Superior e no Mercado de Trabalho. Também integra o Grupo de Estudos e Pesquisas PAIDEIA da Unicamp e o Comitê dos Direitos de Pessoas com Deficiência no âmbito judicial do CNJ.

2 Pós-Doutoranda em Democracia e Direitos Humanos pelo IGC/CDH da Universidade de Coimbra (2025). Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2015). Mestra em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - Instituição Toledo de Ensino (2008). 2 Líder do Grupo de pesquisa "IRIS - Igualdade, Reconhecimento e Inclusão Social: Minorias e Grupos Vulneráveis" (UEMG); e membra dos Grupo "Direito, Discriminação de Gênero e Igualdade" (PUC-SP) e "Direito, Democracia e novas tecnologias" (UENP). Hoje é Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Paraná (UENP). Foi Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade de Araraquara (2022-2024). É Professora no Curso de Pós-Graduação de Direito Antidiscriminatório e no Curso de Pós-Graduação em Direito de Família. (Minha Pós). Lecionou no Curso de Pós-graduação em Direito da Diversidade e Inclusão (Legale). Membro do Cadastro Nacional e Internacional de Avaliadores do CONPEDI(CNIAC). É coordenadora do Projeto de Extensão "Cartilhas sobre a importância do Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero" e sub-coordenadora do Projeto de Extensão "Eu me Protejo", ambos da UENP. Faz parte do quadro de Avaliadores da Revista Brasileira de Direito (QUALIS A1). Membro do Conselho Consultivo da Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Membro da Comissão Estadual de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência da OAB/SP. Vice-Presidente da Autistas Brasil. Diretora da Coalizão Nacional de Mulheres. Membro da Frente Nacional de Mulheres com Deficiência. Membro do Grupo SINGULARIDADES. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-Araraquara (2022-2024). Membro da Comissão Estadual de Direitos das Pessoas com Deficiência da OAB/SP(2022-2024). Advogada.

3 Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Graduando, pelo programa de duplo diploma, em Direito pela Université Lumière Lyon 2.

spaces of power, guaranteeing effective political participation for people with disabilities. The deductive method was used, based on exploratory and bibliographic research.

KEYWORDS: people with disabilities; spaces of power; democracy; representation; inclusion.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo analisar a importância da representatividade de pessoas com deficiência nos espaços de poder, como uma expressão de um ambiente verdadeiramente democrático.

Para isso, sem a pretensão de esgotar o tema (o que seria impossível num único artigo), a partir de uma abordagem de natureza exploratória e bibliográfica, com o caminho metodológico dedutivo, refletir-se-á, num primeiro momento, sobre os espaços de poder num ambiente democrático, à luz da Teoria do Estado. Nesse tópico será visto o posicionamento de pensadores fundamentais para análise do tema, destacando-se entre eles Habermas e Foucault.

Na sequência, passa-se a dissertar sobre as pessoas com deficiência e os modelos sociológicos que coexistem hoje, a partir dos quais se enxerga a deficiência. Aqui ficará evidente que a deficiência deve ser entendida como mais uma característica do indivíduo, bem como uma expressão da diversidade humana. Evidencia-se que o modelo social da deficiência é o mais adequado para compreendê-la e é o que vigora em nosso ordenamento jurídico.

Posto isso, analisa-se o conceito jurídico de pessoa com deficiência, a partir da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi internalizada no Brasil com equivalência de norma constitucional. Aqui também se verifica, enquanto conceito em evolução, a contribuição da Lei Brasileira de Inclusão.

Depois, então, chega-se ao momento em que se verificam os vários motivos pelos quais se faz urgente e necessária a presença de pessoas com deficiência nos espaços de poder, ressaltando a imprescindibilidade dessa representatividade numa Democracia.

Por fim, conclui-se, a par de todo o exposto, que a ocupação de lugares decisórios e espaços de poder por quem tem deficiência é determinante para superação das desigualdades históricas e para assegurar que todas as vozes da sociedade sejam respeitadas e consideradas.

2. ESPAÇOS DE PODER NUM AMBIENTE DEMOCRÁTICO

O surgimento do Estado nacional, a partir de meados do século XVII, marcou uma transformação crucial para o conceito de democracia. Na Antiguidade, a democracia dependia de uma assembleia direta de cidadãos, onde todos participavam ativamente do processo decisório. Contudo, à medida que as sociedades se expandiram e se tornaram mais complexas, essa forma de

participação direta tornou-se impraticável. Como Robert Dahl observa, a democracia precisou ser adaptada à realidade dos modernos Estados nacionais. Nesse contexto, a democracia representativa emergiu como a solução viável, substituindo a antiga assembleia cidadã pela figura dos representantes eleitos. Dahl afirma que "os representantes substituíram quase por completo a assembleia dos cidadãos da democracia antiga", sinalizando que essa mudança foi essencial para que a democracia pudesse prosperar além das pequenas cidade-estado, ajustando-se à crescente complexidade das sociedades.⁴

Stuart Mill, em suas reflexões sobre a democracia, também reconheceu a necessidade de adaptar o governo à realidade dos Estados modernos. Em sua obra sobre o governo representativo, Mill argumenta que, devido ao tamanho e à complexidade das sociedades contemporâneas, a democracia direta já não seria uma opção viável, sendo substituída por um sistema representativo. Como ele afirma, "a frase de Mill, na qual ele descarta a democracia direta, ocorre em um trabalho sobre o governo representativo", destacando que esse modelo é mais adequado ao cenário moderno. Para Mill, a democracia representativa não apenas resolvia questões práticas de governança, mas também preservava os princípios fundamentais de liberdade e participação, permitindo que os cidadãos tivessem voz e influência nas decisões políticas por meio de seus representantes eleitos. Assim, a transição para o governo representativo foi uma evolução necessária, permitindo que a democracia se consolidasse em um mundo de Estados nacionais e complexas redes sociais e políticas.

Jürgen Habermas⁵, em sua teoria da democracia deliberativa, vai além da ideia de que a democracia se limita à escolha de representantes. Para ele, a democracia exige uma esfera pública na qual os cidadãos possam engajar-se em discussões racionais e críticas. Habermas define essa esfera pública como o espaço onde questões políticas são discutidas livremente, permitindo que a opinião pública influencie a ação dos governantes. Ele considera esse espaço uma arena de deliberação, em que os indivíduos formam suas opiniões por meio da interação comunicativa e da argumentação pública. Para Habermas, portanto, a democracia representativa não é apenas um mecanismo eleitoral, mas um processo contínuo de interação entre o Estado e a sociedade civil, mediado pela comunicação pública.

Dentro da teoria do poder contemporânea, a diversidade nos espaços de poder está intimamente ligada à pluralidade de interesses e à visibilidade de atores sociais marginalizados. O

4 *"Como resultado do surgimento dos Estados nacionais a partir de meados do século XVII em diante, a ideia de democracia não teria tido um futuro viável se seu lugar não houvesse sido transferido da cidade-Estado para o Estado nacional. (...) A mudança mais óbvia, sem dúvida, é que os representantes substituíram quase por completo a assembleia dos cidadãos da democracia antiga (a frase de Mill, na qual ele descarta a democracia direta, ocorre em um trabalho sobre o governo representativo)."* (DAHL, 2012, 319 p.)

5 ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. University of California Press, 1998.

conceito de esfera pública, para além de um simples espaço de debate, envolve uma arena em que diferentes grupos — com base em classe, etnia, gênero e outros fatores — devem ter a oportunidade de influenciar as decisões políticas. A representação política eficaz não se limita à escolha de representantes, mas também exige uma distribuição equilibrada de poderes e recursos, algo que só pode ser alcançado por meio de um processo político que reflita a diversidade de suas bases sociais. Assim, a representação política torna-se não apenas uma formalização do direito de voto, mas uma incorporação das diferentes perspectivas sociais no processo de decisão.

Em termos normativos, um sistema democrático não pode ser reduzido a um simples mecanismo de votação. Ele precisa englobar um espaço dinâmico no qual as diferentes demandas sociais sejam discutidas de forma legítima, através de mecanismos de deliberação política e compromissos institucionais. A representação política, assim, deve ser uma prática que vá além da escolha de representantes, refletindo de maneira fiel as várias perspectivas e interesses que coexistem em uma sociedade.

Essa ausência de diversidade nos espaços de poder também toca em uma crítica fundamental de Jean-Jacques Rousseau aos governos representativos. Rousseau argumentava que, ao transferir o poder soberano para representantes eleitos, o sistema político poderia perder sua legitimidade, já que os representantes, ao não estarem diretamente sujeitos à vontade geral do povo, poderiam agir em interesse próprio ou de grupos específicos. Para Rousseau, a falta de representação genuína de todos os segmentos da sociedade, e especialmente de suas camadas mais marginalizadas, implica no risco de um governo desprovido da verdadeira vontade geral, criando um distanciamento entre os governantes e os governados. O modelo representativo, sem a garantia de uma representação ampla e inclusiva, poderia cair na armadilha da alienação política, resultando em um sistema que privilegia os interesses de poucos em detrimento da coletividade.⁶

A teoria de Michel Foucault oferece uma perspectiva crítica que permite entender como o poder se manifesta de maneira múltipla e descentralizada nas sociedades modernas, ultrapassando os círculos políticos formais. Foucault argumenta que o poder não se concentra exclusivamente nas instituições políticas, mas permeia todas as esferas das relações sociais, sendo exercido de maneira difusa e fragmentada. Esse entendimento do poder desafia a ideia de que a democracia representativa, por si só, seria suficiente para garantir uma distribuição justa e equitativa de poder.

Para Foucault, o poder não se limita à esfera pública ou a uma relação vertical entre

6 “*Ainsi de même qu’une volonté particulière ne peut représenter la volonté générale, la volonté générale à son tour change de nature ayant un objet particulier, & ne peut comme générale prononcer ni sur un homme ni sur un fait. Quand le peuple d’Athènes, par exemple, nommoit ou cassa ses chefs, décernoit des honneurs à l’un, imposoit des peines à l’autre, et, par des multitudes de décrets particuliers exerçoit indistinctement tous les actes du Gouvernement, le peuple alors n’avoit plus de volonté générale proprement dite, il n’agissoit plus comme Souverain mais comme magistrat.*” (RUSSSEAU, 2023)

governantes e governados, mas está presente em todas as relações sociais. Ele destaca a importância dos micropoderes — práticas cotidianas, relações interpessoais e formas de controle social que ocorrem em instituições como escolas, hospitais, prisões e até nas dinâmicas familiares. Em sua análise das relações de poder, Foucault desafia a ideia de que o poder seja algo que possa ser possuído ou tomado de uma vez, seja em uma revolução ou por meio de uma eleição. Em vez disso, o poder é relacional, exercido de forma constante e insidiosa nas interações cotidianas, seja através de discursos, normas ou práticas que regulam comportamentos e estabelecem expectativas sociais.

Foucault também distingue o poder vertical e centralizado — como no modelo tradicional de Estado soberano — do poder disperso em uma rede de relações sociais, que pode ser tanto produtivo quanto repressivo. Ele introduz o conceito de biopoder para descrever como o Estado e outras instituições modernas não apenas exercem controle sobre os indivíduos por meio de regras formais (como leis), mas também regulam suas vidas de maneira mais profunda: seus corpos, saúde, sexualidade e comportamento. Por meio de instituições como a medicina, a educação e o sistema penal, o poder se infiltra nos corpos e na subjetividade das pessoas, moldando identidades e comportamentos. Esse controle não se limita ao comportamento externo, mas também à autoconsciência e à construção de subjetividades.

Em relação à diversidade e representação, Foucault sugere que os espaços de poder são, de fato, heterogêneos, compostos por múltiplos discursos e práticas que podem tanto incluir quanto excluir grupos sociais. O poder não se restringe a um mecanismo formal de representação política, mas está intrinsecamente ligado à capacidade de construir narrativas. O controle sobre discursos sobre identidade, gênero, raça e as normas sociais define quem é considerado legítimo e quem é marginalizado no processo de decisão política. Em um contexto em que diferentes grupos lutam por representação e visibilidade, o poder se torna uma questão de quem define o que é normal e quem desafia essas definições.

Foucault também critica a visão de que os espaços de poder se limitam às esferas visíveis e formais, como parlamentos, tribunais e outras instituições públicas. Para ele, os espaços de resistência — locais onde se dá a contestação ao poder dominante e à exclusão — são igualmente fundamentais. O poder não é apenas algo opressivo, mas também algo que produz resistência. A resistência pode surgir em qualquer nível da sociedade, seja em espaços informais de interação cotidiana ou em grandes movimentos sociais. Se o poder se infiltra em todas as esferas da vida, as formas de contestação e resistência também podem emergir de maneira igualmente dispersa, tanto microsocial quanto macrossocial. Movimentos sociais, novas formas de ativismo, a contestação de normas dominantes e o surgimento de novas subjetividades são exemplos de como o poder é contestado, e como novas formas de diversidade e representação podem emergir em um contexto de

poder disperso e fragmentado.

Essa análise foucaultiana permite compreender que os espaços de poder e a diversidade não devem ser reduzidos à mera representação política formal. Eles se estendem por uma rede complexa de interações sociais e culturais em que o poder circula e se manifesta. O poder não se restringe às esferas políticas tradicionais, mas permeia as relações cotidianas e as instituições sociais, com um impacto direto na formação das identidades e na participação efetiva dos indivíduos na vida política. Nesse sentido, a diversidade nos espaços de poder deve ser compreendida não apenas como a inclusão de diferentes grupos sociais no processo eleitoral ou na esfera pública, mas como a capacidade de reformar as práticas sociais, normas e discursos que determinam quem é ouvido e quem permanece marginalizado.

Em última análise, a teoria de Foucault destaca a necessidade de repensar os espaços de poder além da política formal, reconhecendo que a diversidade nas relações de poder também envolve a redefinição de normas, a contestação de discursos dominantes e a criação de novos canais para a expressão de diferentes subjetividades. O poder, em sua concepção mais ampla, não é apenas algo que se possui ou se distribui, mas uma rede complexa de influências e resistências que atravessam todos os níveis da vida social e política.

3. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As pessoas com deficiência representam, de acordo com o Relatório Mundial sobre a Deficiência (WHO)⁷, elaborado pela Organização Mundial de Saúde e pelo Banco Mundial, 15% da população global, o que equivale a cerca de 1 bilhão de indivíduos. Portanto, é evidente que essa parcela da população é significativa e que ter uma deficiência não é uma condição rara ou excepcional.

A deficiência pode ser compreendida sob duas óticas: o modelo médico e o modelo social. Embora ambos ainda coexistam, como será discutido ao longo deste texto, o modelo social, que emergiu a partir de estudos e da luta dos movimentos de pessoas com deficiência, se revela o mais adequado.

O modelo médico, que é mais antigo, vê a deficiência de forma isolada e descontextualizada, tratando-a como um “problema” que afeta o indivíduo. Seu foco recai sobre a condição do corpo que se desvia de um padrão considerado “normal”, alinhando-se à ideia de deficiência como um “corpo fora da norma” - uma construção discursiva que remonta ao Século XVIII⁸. Assim, segundo essa perspectiva, cabe ao indivíduo com deficiência o esforço para se

7 Disponível em <https://www.who.int/publications/i/item/9789241564182> . Acesso em 04.fev.2025.

8 DINIZ, D. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p.4

“normalizar” e se “adaptar” à sociedade.

No modelo médico não são considerados os fatores externos que influenciam a vida da pessoa com deficiência. Dessa forma, a responsabilidade pela “cura”, “ajuste” ou adaptação recai sobre o próprio indivíduo e, no máximo, sobre sua família. É importante ressaltar nossa discordância em relação a essa visão, especialmente porque entendemos que os corpos com deficiência não necessitam de conserto, pois são uma expressão da diversidade humana.

Conforme Diniz⁹, “para o modelo médico, a deficiência é uma consequência natural da lesão de um corpo, e a pessoa deficiente deve ser objeto de cuidados biomédicos”. Assim, o conhecimento sobre a deficiência é restrito ao campo biomédico (incluindo saberes médicos, psicológicos e de reabilitação). É inegável que a partir do modelo médico se consolidou no imaginário coletivo a noção de deficiência como uma “sentença biológica de fracasso” ou uma “tragédia pessoal”, o que justificava uma abordagem caritativa e assistencialista.

Portanto, para o modelo médico, equivocadamente a deficiência vem “antes” da pessoa. Com um olhar patologizante, o foco está na condição/característica diferente, em detrimento do conjunto de todas as características que compõem aquele ser humano que tem alguma deficiência.

Em outro passo, com o avanço social e um impulso acadêmico, que teve origem entre as próprias pessoas com deficiência, a partir da década de 1960, surgiram movimentos políticos que deram origem ao modelo social da deficiência. Este modelo considera a deficiência como a soma de dois fatores indissociáveis: as condições do corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que possui essas características¹⁰. Os movimentos organizados de pessoas com deficiência, que começaram nas décadas de 1960 e 1970, demonstraram que a maioria das dificuldades enfrentadas por essas pessoas é resultado da maneira como a sociedade lida com as diferenças. É evidente que as condições físicas, intelectuais e sensoriais podem ser atenuadas ou agravadas por barreiras socioambientais, e, portanto, no modelo social, a responsabilidade pela inclusão das pessoas com deficiência recai sobre toda a sociedade.

Assim, com o tempo, a deficiência passou a ser vista como uma questão sociológica, retirando o controle discursivo dos saberes biomédicos e sendo também estudada nas áreas de Humanas e Ciências Sociais Aplicadas. Então, não se pode mais considerar a deficiência como uma “tragédia pessoal”, mas sim como uma das muitas expressões da diversidade corporal da humanidade. O ser humano é plural e a diversidade é parte integrante da nossa essência.

As condições corporais, sensoriais ou intelectuais devem ser vistas como características do indivíduo que, somadas a tantas outras, constroem a totalidade da pessoa. Frise-se: a deficiência é

9 DINIZ, D. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p.10.

10 WERNECK, Claudia. **Manual sobre desenvolvimento inclusivo**. Rio de Janeiro: WVA, 2005, p. 27.

uma característica da diversidade humana, como tantas outras, e deve ser compreendida dessa maneira. É importante destacar, mais uma vez, que a deficiência não define a pessoa, nem deve ser enxergada antes da própria pessoa¹¹.

Impossível deixar de lembrar que, para além das deficiências congênitas (que vêm gravadas no material genético humano), existem as deficiências que são adquiridas ao longo da vida. A par disso, certo é que conforme a idade avança, maiores são as chances de adquirir uma deficiência e, conforme a expectativa de vida aumenta, proporcionalmente o desgaste do corpo humano vai se fazendo mais presente. Esse alerta se faz necessário principalmente para aqueles que entendem que a deficiência é uma questão que deve ser pensada apenas pelas pessoas que as possuem, já que é lógico que todos podem adquirir uma deficiência, seja em razão de acidente, seja pelo passar dos anos etc.

3.1 O Conceito Jurídico De Pessoa Com Deficiência

No Brasil, o conceito jurídico de pessoa com deficiência foi estabelecido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o primeiro Documento de Direitos Humanos incorporado com força de norma constitucional, em conformidade com o quórum qualificado do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal.

O artigo 1 da Convenção dispõe:

Pessoas com deficiência incluem aquelas que têm impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com as diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Esse conceito reflete o modelo social da deficiência, ao considerar não apenas as condições corporais, mas também os fatores externos que podem influenciar a participação plena dessas pessoas na sociedade.

A definição estabelecida pela Convenção representou uma transformação significativa, resultante de uma evolução na maneira de compreender e tratar a deficiência. Como explica Fonseca¹², a formulação do conceito no texto da Convenção foi fruto de um amplo debate, com a necessária participação das próprias pessoas interessadas.

A “participação dos próprios interessados” é fundamental, como bem evidencia o lema que os movimentos de pessoas com deficiência adotaram globalmente, desde o século XX: “Nada sobre nós sem nós” (“Nothing about us without us”). Esse lema sublinha a importância de que a voz das

11 SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. **Inclusão não é favor nem bondade**. São Paulo: Matrioska, 2021, p.6.

12 FONSECA, Ricardo Tadeu Marque da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, C. V. *et al.* **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.

próprias pessoas com deficiência seja ouvida em qualquer ação ou política que lhes diga respeito.

Dessa maneira, toda e qualquer decisão que envolva pessoas com deficiência deve incluir a participação ativa dessas mesmas pessoas¹³.

Em 2015, a Lei Brasileira de Inclusão (LBI – Lei 13.146/2015), baseada no texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, também consagrou o modelo social da deficiência, com uma definição que se assemelha àquela da Convenção:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Apesar da semelhança entre as definições, é relevante sublinhar que a LBI diferencia-se ao enfatizar que a interação com apenas uma barreira externa já pode ser suficiente para limitar a participação da pessoa, sem a necessidade de várias barreiras. A própria Convenção Internacional, em seu Preâmbulo, reconhece que o conceito de deficiência está em constante evolução, e a LBI reflete esse entendimento ao confirmar tal reconhecimento.

4. A IMPORTÂNCIA DA REPRESENTATIVIDADE DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS ESPAÇOS DE PODER

A partir análise sobre os espaços de poder num ambiente democrático, bem como em face da expressiva quantidade de pessoas com deficiência no mundo, inegável a importância da representatividade desse grupo nesses espaços.

É conhecida a opressão e a discriminação que as pessoas com deficiência sofrem há milênios, por exemplo: na antiga Roma existiu um período em que era legalmente permitido abandonar recém-nascidos com deficiência. Da mesma forma, em Esparta e Atenas, havia autorização legal para a morte de indivíduos que apresentassem algum tipo de deficiência. Queiroz Assis e Pozzoli¹⁴ destacam que “as leis antigas mostram que a postura dos governos em relação às pessoas com deficiência estava alinhada a uma política de extermínio”. É importante lembrar que a Lei das XII Tábuas previa a morte de filhos considerados defeituosos, e o Código de Manu também continha disposições que excluía pessoas com deficiência, especialmente em questões de sucessão.

Embora muito se tenha avançado (no Brasil principalmente a partir da Constituição Federal de 1988), é evidente que ainda há muito por fazer em relação à concretização dos direitos e ao reconhecimento das pessoas com deficiência como seres humanos de igual valor e igual dignidade.

13 SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. **Inclusão não é favor nem bondade**. São Paulo: Matrioska, 2021, p.4.

14 ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias**. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 63.

Dessa forma, imperativa a conclusão que para isso acontecer, as pessoas com deficiência precisam estar nos espaços de poder.

Nesse passo, de acordo com Santos e Barros¹⁵, apoiados na lição de Giddens, “uma minoria não é somente algo numericamente inferior à maioria, mas, sim, grupos subordinados politicamente a uma ordem hegemônica e totalizante”. Logo, para transformação da realidade, urgente se faz a ocupação de espaços de poder por quem tem deficiência, de maneira que, pouco a pouco, vá-se exterminando essa subordinação política.

Sob outro prisma, lembrando do que fora dito acerca da crítica de Foucault de que os espaços de poder não se limitam às esferas visíveis e formais, como parlamentos, tribunais e outras instituições públicas, mas que espaços de resistência são igualmente fundamentais e que o poder se infiltra em todas as esferas da vida, é mister atentar para que os espaços de poder objetos deste estudo devem ser entendidos de maneira ampla: as pessoas com deficiência devem ocupar espaços de poder no Executivo, Legislativo, Judiciário, na Sociedade Civil, nas salas de aula da Academia etc.

Ressalta-se, dentre os inúmeros benefícios da representatividade de pessoas com deficiência nos espaços de poder, o combate ao preconceito e discriminação. Em outras palavras, há que se atentar para o caráter pedagógico/educativo, pois ficará demonstrado que pessoas com deficiência são seres capazes e que deficiência não é sinônimo de ineficiência ou incapacidade.

Aliás, observa-se que, apesar de a deficiência ser apenas mais uma característica da diversidade humana, o capacitismo estrutural e estruturante traz consigo o vieses inconscientes que fazem com que olhem para quem tem deficiência como sendo incapaz, digno da pena alheia e que, apenas com muito esforço, “talvez” esse(a) “cotiado(a)” possa “driblar seu destino de infelicidade” e se tornar “exemplo de superação” para a sociedade. Nada mais equivocado. Cada indivíduo, quer tenha deficiência ou não, é formado por um conjunto singular de capacidades, limitações e outras qualidades. Por isso, ninguém deve ser rotulado por uma única característica que possui.

Então, ocupar espaços de poder também desmistifica a crença de que a pessoa com deficiência precisa que falem por ela e possibilita que enxerguem suas várias habilidades em detrimento de suas limitações. Desse modo, quando pessoas com deficiência ocupam cargos de poder, elas mostram que são capazes e competentes, contribuindo para a mudança de percepções sociais.

Outro ângulo a ser enxergado é que a representatividade de pessoas com deficiência é importante, também, para combater a invisibilidade eleitoral e garantir que seus interesses sejam

15 SANTOS, Thais Teixeira; BARROS, Antonio Teixeira de. Representação política das pessoas com deficiência na Câmara dos Deputados: a percepção dos representados. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 26, p. 223–271, maio 2018.

defendidos com mais força, ampliando o alcance das questões que afetam diretamente suas vidas¹⁶. Não há dúvidas de que qualquer ação cujo público alvo for o grupo das pessoas com deficiência será mais eficaz se tiver a participação dos próprios interessados em seu planejamento. Para além de ser estratégica (tornando a utilização de recursos otimizada em qualquer processo), a participação das próprias pessoas com deficiência, refletida no slogan mundial dos movimentos políticos de pessoas com deficiência “Nada sobre nós sem nós”, agora é determinação com força constitucional insculpida na Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, quando diz, em seu artigo 4, 3:

Na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a presente Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas.

Ademais, bom é lembrar que o artigo 29 desse Tratado de Direitos Humanos garante a participação das pessoas com deficiência na vida política e pública.

Numa interessante pesquisa acerca da participação de pessoas com deficiência no Parlamento brasileiro, Barros e Santos concluem que foi a eleição de parlamentares com deficiência que contribuiu para o desenvolvimento da agenda de direitos das pessoas com deficiência, resultando na criação da Comissão de defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência e, ainda, nas mobilizações internas para a construção do acordo para a aprovação da Lei Brasileira de Inclusão – essa importante legislação que dá operacionalidade em vários aspectos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A representação dessa minoria também potencializa a identificação entre representantes e representados, o que aumenta a confiança, o empoderamento político e a eficácia na luta pelos direitos dessas pessoas.

Oportuno, ainda, fazer menção à visão de Habermas¹⁷, que entende que é na sociedade civil que as vozes ecoam, sendo uma espécie de câmara de eco das opiniões dos interessados, já que há uma esfera pública plural. Outrossim, dentre essa pluralidade, como parte integrante da sociedade, as pessoas com deficiência devem participar e ser ouvidas.

Não se pode esquecer, em outro ponto, que a representação de minorias em espaços de poder significa também justiça social. Nesse sentido, as palavras de Santos e Barros:

A literatura internacional relaciona diretamente a representação de grupos minoritários com equidade e justiça social, uma perspectiva que aponta para o tratamento político igualitário como recurso para assegurar e preservar as diversidades sociais, econômicas, culturais e

16 SANTOS, Thais Teixeira; BARROS, Antonio Teixeira de. Representação política das pessoas com deficiência na Câmara dos Deputados: a percepção dos representados. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 26, p. 223–271, maio 2018.

17 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

físicas, como no caso das pessoas com deficiência.

Destarte, o respeito à existência e à voz das minorias são reflexo de ambiente verdadeiramente democrático.

Outro aspecto relevante é que, ao se incluir pessoas com deficiência nos espaços de poder, a sociedade e o Estado começam a se organizar para atender às demandas desse grupo, promovendo a inclusão social e o reconhecimento de suas especificidades dentro do processo democrático. Essa participação torna mais real, mais concreta e mais visível a existência das pessoas com deficiência na comunidade. Isso reforça o princípio de que a pluralidade na esfera pública deve refletir a diversidade da sociedade, incluindo as minorias (como as pessoas com deficiência) na tomada de decisões políticas.

A presença de pessoas com deficiência em espaços de poder também incentiva o engajamento e o ativismo de seus pares. O fato de estarem representados, faz com que indivíduos com deficiência se enxerguem como pertencentes às esferas decisórias e vejam que é possível “ter um lugar à mesa”, apesar das dificuldades de acesso.

Assim, a partir do exemplo do ocupante de espaço de poder, outro fator que se percebe é que pode haver um impacto positivo na autoestima, na confiança e na autoaceitação de quem tem deficiência.

Pessoas com deficiência em posições de poder podem atuar como defensoras de direitos, mobilizando recursos e apoio para causas que beneficiem a comunidade. Logicamente, elas podem influenciar a agenda política e social, promovendo mudanças significativas.

Neste ponto, válido registrar a iniciativa do CNJ (Conselho Nacional de Justiça)¹⁸, de mapear as pessoas com deficiência no Poder Judiciário e que trouxe o dado que, em 2021, os(as) magistrados(as) com deficiência são pouco frequentes nos tribunais. No total são 74 pessoas (corresponde a 0,62% na Justiça do Trabalho, 0,43% na Justiça Federal e 0,39% na Justiça Estadual). Como se vê, os números demonstram a falta de representatividade de pessoas com deficiência nesse espaço de poder. Em relação a outros espaços, como o Legislativo Federal ou mesmo a presença de professores universitários com deficiência nas salas de aula de ensino superior, a invisibilidade é tão grande que não há dados atualizados disponíveis sobre o assunto. Daí porque se faz obrigatório lançar luz sobre a necessidade de maior representatividade das pessoas com deficiência em posições de liderança e decisões.

É relevante, desse modo, destacar que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem a igualdade reconhecida como um de seus valores supremos, já a partir do Preâmbulo da Constituição

18 Pessoas com deficiência no Poder Judiciário / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2021. Disponível em <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/798>. Acesso em 03.mar.2025.

Federal. Então, a democracia brasileira requer ações concretas e efetivas do Estado para reduzir as desigualdades, afinal, no artigo 3º do texto constitucional está, entre os objetivos fundamentais da República, a diminuição das desigualdades, bem como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos ou discriminações. Nesse contexto, Canotilho afirma que “o princípio da democracia econômica e social impõe tarefas ao Estado e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real ...”¹⁹.

Portanto, o incentivo a maior participação das pessoas com deficiência nos espaços de poder é uma medida necessária e em conformidade com os objetivos e fundamentos da República Democrática brasileira, na qual todos ganham, já que construir uma sociedade inclusiva, que reconhece e valoriza as diferenças, é também cuidar do futuro de todos os seres humanos, como se evidenciou no final do tópico anterior, pois as deficiências adquiridas são uma realidade muito presente e proporcional ao aumento da expectativa de vida.

5. CONCLUSÃO

A representatividade de pessoas com deficiência nos espaços de poder transcende a mera garantia de direitos legais, configurando-se como um elemento essencial para a consolidação de uma democracia verdadeiramente inclusiva. A ausência dessas vozes nos processos decisórios, como foi demonstrado, reflete a marginalização histórica desse grupo, e também representa uma oportunidade perdida de enriquecer as decisões políticas com perspectivas únicas e fundamentais. Em uma sociedade marcada pela pluralidade, é imperativo que a diversidade seja integralmente incorporada aos espaços de tomada de decisão, a fim de garantir que as políticas públicas sejam representativas e eficazes para toda a população.

A inclusão de pessoas com deficiência em posições de poder implica uma transformação paradigmática e o desconstrua de preconceitos profundamente enraizados na sociedade. Ao ocuparem tais posições, essas pessoas demonstram, na prática, que deficiência não é sinônimo de incapacidade, mas sim de resiliência, criatividade e competência. Essa mudança de percepção beneficia aqueles que convivem com deficiência, e toda a sociedade, ao quebrar estereótipos e ampliar o entendimento sobre o potencial humano. Esse processo cultural é crucial para que a inclusão seja reconhecida como uma característica intrínseca de uma sociedade verdadeiramente democrática, e não como um privilégio ou uma concessão.

O princípio do "Nada sobre nós, sem nós" resume uma verdade fundamental: apenas aqueles que enfrentam, no cotidiano, as barreiras impostas pela sociedade possuem o entendimento

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 326.

profundo das transformações necessárias para superá-las. Esse princípio reforça a necessidade de participação ativa e direta das pessoas com deficiência na formulação de políticas públicas, garantindo que suas vivências e demandas sejam traduzidas em ações concretas e eficazes.

É responsabilidade do Estado e da sociedade civil garantir a eliminação sistemática das barreiras que, historicamente, excluíram as pessoas com deficiência. Isso envolve ações afirmativas para assegurar sua presença em posições decisórias, a adaptação de espaços físicos e virtuais para torná-los acessíveis e a promoção de campanhas educativas que busquem desconstruir preconceitos. Para que a inclusão seja efetiva, é necessário um esforço conjunto que vá além da simples observância de legislações, exigindo um compromisso ético e cultural com a equidade e com a valorização da diversidade.

A presença de pessoas com deficiência nos espaços de poder tem impacto não apenas no campo político, mas também nas esferas social e cultural. Ao ocupar posições de liderança, esses indivíduos tornam-se símbolos de superação e exemplos vivos do valor da inclusão. Além disso, sua atuação direta nos processos decisórios fortalece a legitimidade das instituições democráticas, que passam a refletir de maneira mais fiel a composição da sociedade. Trata-se de um passo decisivo para superar desigualdades históricas e assegurar que todas as vozes da sociedade sejam respeitadas e consideradas.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Editora WMF Martins Fontes, 2022.
- DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marque da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, C. V. *et al.* **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar E Punir: Nascimento Da Prisao**. Editora Vozes, 2021.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. University of California Press, 1998.
- RUSSEAU, Jean-Jaques. **Du Contract Social : Ou Principes Du Droit Politique**. Genève, 2023.
- SANTOS, Thais Teixeira; BARROS, Antonio Teixeirda de. Representação política das pessoas com deficiência na Câmara dos Deputados: a percepção dos representados. **Revista Brasileira de Ciência Política**. n.26 ; p. 223-271, maio 2018.
- SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. **Inclusão não é favor nem bondade**. São Paulo:

Matrioska, 2021.

WERNECK, Claudia. **Manual sobre desenvolvimento inclusivo**. Rio de Janeiro: WVA, 2005.

CAPÍTULO IV
DIREITO, GÊNERO E SEXUALIDADES

A PROTEÇÃO DA VÍTIMA E DOS FILHOS: REGIME DE GUARDA EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Laura Candido de LIMA¹
Maria Eduarda Alves da SILVA²
Luiz Fernando KAZMIERCZAK³

RESUMO

Este artigo analisa os desafios da guarda de crianças e adolescentes em contextos de violência doméstica, destacando a necessidade de equilibrar a proteção da mãe vítima e o melhor interesse da criança. Embora a guarda compartilhada seja preferencial no ordenamento jurídico, mostra-se inadequada quando a genitora sofre violência doméstica, exigindo soluções que priorizem a segurança da mulher e o bem-estar dos filhos. O trabalho examina os fundamentos legais do melhor interesse da criança (Constituição de 1988 e ECA – Lei 8.069/1990) e os avanços recentes, como a Lei 14.713/2023, que veda a guarda compartilhada em casos de risco à mulher, e o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (Resolução CNJ 492/2023), que orienta uma abordagem sensível aos direitos das vítimas. A análise jurisprudencial reforça a importância de decisões que protejam a integridade feminina e o desenvolvimento saudável dos filhos, combatendo a violência doméstica e promovendo igualdade de gênero. A metodologia desta pesquisa qualitativa-exploratória baseia-se em revisão bibliográfica, legislação, doutrina e jurisprudência, buscando alinhar teoria e prática, conclui-se que a aplicação desses instrumentos legais deve assegurar proteção efetiva às vítimas, garantindo decisões judiciais mais justas e humanizadas.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda; Violência doméstica; Criança e Adolescente.

ABSTRACT

This paper examines the challenges of child custody arrangements in cases involving domestic violence, emphasizing the need to balance the protection of female victims with the best interests of the child. While shared custody is generally preferred under Brazilian law, it becomes inappropriate when the mother is a domestic violence survivor. The research highlights the constitutional and legal priority given to the child's well-being (under the 1988 Federal Constitution and the Child and Adolescent Statute – Law No. 8.069/1990) alongside the protection of women's safety. Key legislative advancements are analyzed, including Law No. 14.713/2023, which prohibits shared custody in domestic violence cases, and the Gender Perspective Judgement Protocol (CNJ Resolution 492/2023), guiding legal professionals toward a more sensitive and humanized approach. Jurisprudential analysis aims to ensure fair decisions that safeguard both mothers and children, combating domestic violence and promoting gender equality. The study adopts a qualitative-exploratory methodology, reviewing legislation, scholarly works, and court rulings to correlate the rights of children, adolescents, and women, ensuring practical application of existing laws. By prioritizing child welfare and maternal safety, the research contributes to a more equitable

-
- 1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná; Bolsista Estagiária do Projeto de Extensão NEDDIJ/UENP, financiado pela Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (SETI); endereço eletrônico: lauracandido0711@gmail.com
 - 2 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná; Bolsista Estagiária do Projeto de Extensão NEDDIJ/UENP, financiado pela Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (SETI) endereço eletrônico: meas224@hotmail.com
 - 3 Orientador Coordenador do Projeto de Extensão NEDDIJ/UENP, financiado pela Unidade Gestora do Paraná. E-mail: lfkaz@uenp.edu.br. Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na graduação e no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica.

legal framework in custody disputes involving domestic violence.

KEY WORDS: Custody; Domestic violence; Child and Adolescent.

INTRODUÇÃO

A violência doméstica é caracterizada como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, dano moral ou patrimonial, a violência doméstica atinge mulheres no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto. No Brasil, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) representou um marco legal na proteção das mulheres, ao tipificar e coibir essa forma de violência, além de criar mecanismos para a prevenção e o enfrentamento do problema.

Apesar dos avanços legislativos, a violência doméstica continua a ser um desafio significativo, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) de 2024 registrou um total de 23.886 casos de lesão corporal dolosa em ocorrências de violência doméstica, quando envolve a dinâmica familiar e a presença de filhos o desafio se torna ainda mais complexo, nestes casos, a definição do regime de guarda das crianças e adolescentes torna-se uma questão delicada, pois deve equilibrar a proteção da mulher vítima de violência com o direito das crianças ao convívio familiar e ao desenvolvimento saudável. A guarda compartilhada, embora seja a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro, pode não ser a solução mais adequada em situações de violência doméstica, uma vez que obriga a vítima a manter contato com o agressor, perpetuando o ciclo de violência e expondo a criança a um ambiente hostil.

Este trabalho busca analisar os desafios na definição do regime de guarda em casos de violência doméstica, destacando a necessidade de priorizar o princípio do melhor interesse da criança, conforme artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a proteção integral da mulher. Serão discutidos os instrumentos legais e jurisprudenciais disponíveis, como a Lei nº 14.713/2023, que proíbe a guarda compartilhada em casos de risco de violência doméstica, e o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, criado pela Resolução 492/2023 pelo Conselho Nacional de Justiça, que orienta os operadores do direito a adotar uma abordagem mais sensível e humanizada nesses casos.

Para abordar a violência doméstica, uma estratégia promissora é expandir a Casa da Mulher Brasileira para incluir módulos infantis destinados a visitas supervisionadas, isso se justifica porque, em casos de violência familiar, a guarda compartilhada, embora seja a regra legal, torna-se inviável e perigosa, colocando em risco a segurança física e emocional das vítimas.

A Casa da Mulher Brasileira, criada pelo Governo Federal em 2015, é um pilar da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, seu propósito é oferecer um atendimento humanizado, integrado e eficiente para mulheres em situação de violência doméstica e familiar (Brasil, 2023). Essa estrutura concentra em um só lugar diversos serviços especializados, funcionando como um centro multidisciplinar e interinstitucional de apoio às vítimas, é crucial para reforçar as políticas públicas de proteção a mulheres e crianças vítimas de violência doméstica. Diante da crescente necessidade de espaços seguros para garantir o direito à convivência familiar, especialmente em situações com histórico de agressão, a criação de estruturas especializadas para visitas supervisionadas dentro da Casa da Mulher Brasileira visa proteger a integridade física e emocional das vítimas.

Portanto, a expansão da Casa da Mulher Brasileira com módulos infantis representa um avanço significativo na proteção de famílias em situação de violência, assegurando um ambiente seguro e supervisionado para o exercício do direito à convivência familiar.

Ao longo do texto, será conduzida uma análise jurisprudencial que examinará as propostas para garantir decisões justas e equilibradas no sistema judiciário, que protejam tanto a integridade da mulher quanto o desenvolvimento saudável dos filhos. A análise visa contribuir para o debate sobre a necessidade de práticas judiciais que efetivamente combatam a violência doméstica e promovam a igualdade de gênero.

Por fim, o estudo baseou-se em uma abordagem qualitativa e exploratória, apoiada em pesquisas bibliográficas de textos legislativos que trouxe novidades para as decisões judiciais, alinhado em autores especialistas nos estudos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), bem como a adição de decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e do Superior Tribunal de Justiça, nos quais reforçam a aplicação da norma especial quanto a excepcionalidade da guarda unilateral em casos de vítimas de violência doméstica no âmbito familiar.

1. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A violência doméstica é caracterizada como ação ou omissão, que atinge em razão do gênero, as violências podem ocorrer de forma física, psicológica, patrimonial, sexual e moral, elas também podem atingir o âmbito familiar. Foi instituída pela Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) que caracteriza a violência contra mulher em seu artigo 5º:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Esta lei tem o objetivo de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, com ela foram criados diversos instrumentos para chegar a esse objetivo como as delegacias de atendimento especializado à mulher vítima de violência doméstica, defensorias estaduais especializadas, centros de acolhimento às mulheres, além do instituto das medidas protetivas de urgência, que tem a função de criar medidas para com que cesse as violências, naturalmente afastando a vítima do agressor (Martins, 2017).

Em casos de violência doméstica onde o agressor e a vítima possui um vínculo indissolúvel, como a existência de um filho essas medidas podem também sobrepor aos direitos do filho, muitas vezes essas crianças ou adolescentes acabam sendo usados pelo genitor para que ele continue as agressões como ocorreu na jurisprudência a seguir em Agravo Regimental julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo o relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado na data de 14 de outubro de 2021, pela sexta turma, diz que:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DELITO COMETIDO NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE. SÚMULA 568/STJ. 1. De acordo com o contexto fático delineado no Juízo de origem, qual seja, de que as agressões ocorreram quando a ofendida foi até a residência do investigado buscar seus dois filhos, com quem compartilha a guarda (fl. 64), portanto, em decorrência de conflito familiar, incide a Lei n. 11.340/2006. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 669.943/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/10/2021, DJe de 19/10/2021.)

Neste caso, os genitores possuem guarda compartilhada e em uma visita dos filhos até a casa do pai, este aproveitou da situação para se aproximar da vítima e agredi-la, em razão da vulnerabilidade em que esta se encontrava e da intenção de manter o vínculo entre o genitor e os infantes, ela acabou sendo violentada (Neto, 2024).

Portanto, a definição da guarda em casos de violência doméstica exige uma compreensão dos fatos do caso concreto e deve garantir a segurança da genitora e os interesses dos infantes, assim garantindo a segurança e a integridade de todos.

2. DESAFIOS NA DEFINIÇÃO DO REGIME DE GUARDA

Quando finalmente a mulher toma a decisão de se divorciar do companheiro que lhe causa violência doméstica, e dentro desse relacionamento teve o nascimento de filho(s), há a necessidade de regularizar a guarda dessa criança ou adolescente e, para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro

tomou medidas a fim de assegurar o princípio do melhor interesse dessas pessoas para decidir sobre a assistência e a responsabilidade dos genitores na formação de seus filhos.

No Código Civil Brasileiro, são elencadas duas modalidades de guarda que poderão ser determinadas no âmbito judicial, quais sejam, a guarda compartilhada, que por meio da Lei nº 13.058/2014 tornou-se preferencial, pois entende que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, tendo em vista as condições e os interesses dos filhos, bem como quando não houver acordo entre o pai e a mãe quanto à guarda (Brasil, 2014), definida assim de maneira compulsória; e a guarda unilateral, que se tornou a exceção, pois, nesse caso, a responsabilidade de cuidar e tomar decisões sobre a criança ou adolescente estará sob um dos pais ou de outra pessoa indicada, quando nenhum deles puder exercer o encargo de guardião (Brasil, 2008).

Nessa perspectiva, a coordenadora da Defensoria Pública da Casa da Mulher Brasileira (CMB), Beatriz da Silva Guibin Demeterco, explica que “[...] a partir do momento em que a Justiça obriga a mãe vítima de violência a continuar em contato com o agressor para tomar decisões relacionadas aos filhos, ela permanece em um ciclo de violência” (Defensoria PR, 2023).

Portanto, em um cenário em que a genitora foi vítima de violência doméstica, não se torna propícia a regulamentação da guarda compartilhada, uma vez que a mulher constantemente será obrigada a manter contato com o seu agressor, que por muitas vezes possui medida protetiva contra ele, a fim de que não ocorra algo pior em sua vida.

Contudo, acontece que os direitos da mulher não podem se sobrepor aos direitos da criança e do adolescente nos quais estão envolvidos nessa situação familiar de violência, direitos esses que são respaldados pelos Princípios da Proteção Integral e do Melhor Interesse da Criança, consolidados pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

A primeira barreira, portanto, é a fixação da guarda compartilhada em casos que envolvam comprovadamente violência doméstica, uma vez que possibilita que o filho e a genitora, ora vítima de violência doméstica, tenham convívio com o genitor que resultou demandas físicas e psicológicas gravíssimas à genitora, e até mesmo subsidiariamente, a esse filho, que pode ter presenciado esses episódios de violência vindo de pessoas que deveriam ter zelado pela sua segurança.

É possível que o genitor agressor alegue em sede de processo judicial que a genitora pretende a regulamentação da guarda unilateral com o objetivo de configurar a chamada Síndrome da Alienação Parental, momento em que é criada uma série de situações para dificultar ao máximo ou a impedir a visitação.

A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de "síndrome de alienação parental": programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele. (Dias, 2008).

O caso, no entanto, não é esse, pois a mulher procura somente que a sua integridade física e psíquica seja protegida e, nesse momento, o seu empecilho é manter o vínculo do pai com o filho, sem que novamente passe pela revitimização ou sofra novamente episódios de violência ao encontrar o genitor para a manutenção da guarda compartilhada.

Nessa perspectiva, ao ser fixada a guarda unilateral em favor da genitora, também precisa ser respeitado o direito de convivência do outro daquele que não detenha a guarda do filho, consolidado no artigo 1.589 do Código Civil, no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, nos quais asseguram o convívio familiar, isto é, o direito da criança e do adolescente em conviver e ser criado em seu núcleo familiar.

A questão como um todo é compreender o quão necessário será interpretar em cada caso concreto a inaplicabilidade da guarda compartilhada, garantindo o respeito tanto ao direito da mulher, na qual foi vítima de violência doméstica e passou por momentos traumatizantes, quanto da criança ou adolescente envolvido no cenário, que também podem ter reflexos no seu desenvolvimento psíquico. Além disso, é fundamental considerar se é realmente benéfico para a criança ou adolescente crescer e conviver com aquele que foi uma das principais causas do sofrimento na vida de sua genitora.

3. ESTRATÉGIAS JURÍDICAS DE PREVENÇÃO E PROTEÇÃO

Entendendo que o problema da presente pesquisa é adequar o regime de guarda em processos judiciais que envolvem partes vítimas de violência doméstica, sem que prejudique dois direitos: da mulher vítima de violência doméstica e da criança ou adolescente, filho das partes em que uma delas não conseguiu garantir um lar seguro e adequado para o seu crescimento e desenvolvimento físico e mental, precisa-se reconhecer os avanços legislativos e jurisprudenciais nacionais e paranaenses, para que haja a regulamentação da guarda unilateral nesses casos em específico.

Nesse cenário, a Relatora Ivanise Maria Tratz Martins da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no ano de 2024, em consonância com a Ministra Relatora Carmen Lúcia da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, consolidou o entendimento na decisão da necessidade de regulamentar pela guarda unilateral quando os pais passaram por atos de violência doméstica, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança:

DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. INSURGÊNCIA DO GENITOR CONTRA DECISÃO QUE FIXA GUARDA UNILATERAL DO FILHO À GENITORA, BEM COMO REGIME DE CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL. [...] (II) INSURGÊNCIA CONTRA A FIXAÇÃO DE GUARDA UNILATERAL À GENITORA. MANUTENÇÃO. ART. 1583 E 1584 DO CÓDIGO CIVIL. ANÁLISE SOB A LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. INFANTE DE TENRA IDADE (3 ANOS). CONTEXTO DOS AUTOS DELICADO. PARTES QUE VIVEM BELIGERÂNCIA EXTREMA, COM INTENSA JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS RELACIONADAS AO FILHO, DEMONSTRANDO A AUSÊNCIA DE PROPENSÃO AO DIÁLOGO. [...] **GENITORA, NO MAIS, QUE TRAZ INDÍCIOS DE SER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, INCLUSIVE TENDO SIDO RECEBIDO DENÚNCIA EM AÇÃO CRIMINAL PRÓPRIA. CONTEXTO QUE SUGERE A MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA E FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL DO FILHO À GENITORA.** 1. Embora a regra no ordenamento jurídico seja a guarda compartilhada, a medida pode ser excepcionada, sempre com vistas a atender o prioritário interesse do infante, sendo a hipótese de violência doméstica expressamente reconhecida pelo legislador, com a vigência da Lei nº 14.713/2023, como causa da inviabilidade de compartilhamento da guarda. [...] 3.2 Genitora, no mais, que apresenta alegações de ser vítima de violência doméstica, inclusive com ação penal própria, com contexto extremamente beligerante entre as partes, o que, a priori, justifica a manutenção da guarda unilateral em favor da genitora. [...] (TJPR - 12ª Câmara Cível - 0117723-19.2023.8.16.0000 - Irati - Rel.: DESEMBARGADORA IVANISE MARIA TRATZ MARTINS - J. 19.06.2024)

Nos acórdãos, é mencionada uma importante Lei promulgada no ano de 2023 de nº 14.713/2023, que alterou o artigo 1.584 § 2º do Código Civil e adicionou o artigo 699-A ao Código de Processo Civil, na qual impede a guarda compartilhada de filhos quando há risco de algum tipo de violência doméstica ou familiar praticado por um dos genitores.

De acordo com a nova Lei, em ações judiciais que discutem sobre guarda o juiz deverá questionar às partes e ao Ministério Público se há risco de violência doméstica ou familiar, fixando o prazo de cinco dias para a apresentação de provas ou de indícios pertinentes. Caso sejam levantadas nos autos, será concedida a guarda unilateral ao genitor não responsável pela violência.

O Código Civil de 2002, dessa maneira, teve editado o artigo 1.584 § 2º, parte final, para que “se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar” deverá ser concedida a guarda unilateral, em consonância com o melhor interesse da criança e com os direitos fundamentais da mulher.

Portanto, ao ser ajuizada ação de guarda na Vara de Família em que as partes estejam envolvidas em uma situação de violência doméstica, é imprescindível que sejam demonstradas todas as situações de risco, tanto físico quanto psicológico, em que a criança se torna exposta caso seja deferida a guarda compartilhada.

No ano de 2024, o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial mostrou que é possível em processos judiciais tramitados pela Vara da Família, a incidência da Lei nº 11.340/2006 nos

casos envolvendo a discussão sobre a guarda e as vítimas de violência doméstica.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. VIOLÊNCIA EM RAZÃO DO GÊNERO. EX-CASAL. MODIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Corte de origem consignou que o agravante se utilizaria do benefício da guarda compartilhada da filha em comum, para a finalidade de aproximação indesejada com a vítima, a ex-mulher, o que lhe causaria sofrimento psicológico e emocional. 2. O STJ já decidiu pela incidência da Lei n. 11.340/2006 em casos que envolvem ex-casais, conforme a hipóteses dos autos, desde que presente a violência em razão de gênero. 3. A análise da pretensão recursal baseada na não caracterização da violência de gênero, para fins de aplicação da Lei n. 11.340/2006, implicaria a necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos, procedimento vedado, em recurso especial, pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ. 4. Agravo regimental não provido. (REsp n. 2.037.491/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 20/6/2023.)

Também é possível perceber nos julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça, à exemplo do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial, proferido pela Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, da Quarta Turma, a consolidação do princípio constitucional do melhor interesse da criança ao fixar a guarda unilateral para aquele que não realizou a violência doméstica.

DIREITO CIVIL. FILHOS. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA GERAL. GUARDA UNILATERAL. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. POSSIBILIDADE. DIREITOS DE VISITAS. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. AGRESSÃO FÍSICA. GENITOR. SÚMULA 7/STJ. 1. A guarda compartilhada constitui-se em regra geral adotada pelo ordenamento jurídico, mas é possível a fixação da guarda unilateral em situações excepcionais, a fim de atender ao melhor interesse da criança. Precedentes. 2. Hipótese em que as instâncias de origem, a partir dos estudos psicológico e social realizados nos autos, concluiu que a manutenção do menor sobre a guarda exclusiva da genitora melhor atende aos interesses do infante, não em razão da mera ausência de acordo entre os genitores, mas por constatar que existência de acentuada beligerância do casal, inclusive com episódio de agressão física do genitor contra a genitora, com a imposição de medida protetiva, bem como imaturidade do pai e as demais peculiaridades constantes nas provas produzidas. 3. Não cabe em recurso especial o reexame do conjunto fático-probatório dos autos (Súmula 7/STJ). 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp n. 2412569/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17/06/2024, DJe de 19/06/2024.)

Nesse sentido, mostra-se como é importante que as garantias se entrelacem para que nenhuma parte vulnerável fique à mercê de uma decisão na qual possa resultar em uma tragédia e o essencial para que os direitos das crianças e do adolescentes e das mulheres sejam respeitados será para além da legislação criada, mas também que os operadores do direito reconheçam em cada caso em concreto a necessidade de regulamentar a guarda unilateral em favor da mulher, vítima de violência doméstica.

Já é demonstrado que esse tipo de decisão fortalece inclusive o desenvolvimento psíquico dos infantes, pois as crianças expostas à violência doméstica estão em situação de risco devido a uma série de problemas psicossociais, mesmo quando não são alvo de agressão física. (Kitzmann, 2007).

Isso porque a violência familiar é um fenômeno complexo que envolve todos os

integrantes do núcleo familiar e por isso mesmo é muito complicado que isole somente os impactos da mulher acerca da violência doméstica, já que todo o ambiente fica envolvido nesse ciclo de violência.

Por fim, é imprescindível em todos os processos judiciais que envolvam mulheres e crianças ou adolescentes, a adoção do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, criado pela Resolução 492/2023 pelo Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de orientar o Poder Judiciário e seus integrantes a considerar o papel de desigualdades estruturais nos julgamentos de conflitos que envolvem mulheres.

Para o presente trabalho, a sua principal aplicação será no momento em que ao discutir a guarda do filho, o homem acuse a mulher, que realizou o pedido de guarda unilateral, sendo um dos motivos a violência doméstica, de alienação parental.

Em relação à guarda das filhas e dos filhos, a alegação de alienação parental tem sido estratégia bastante utilizada por parte de homens que cometeram agressões e abusos contra suas ex-companheiras e filhos(as), para enfraquecer denúncias de violências e buscar a reaproximação ou até a guarda unilateral da criança ou do adolescente. (Brasil, 2021).

O Protocolo de 2021 busca orientar os magistrados e magistradas a adotar o depoimento especial de crianças e adolescentes, para constituir meio de prova que poderá ser utilizado em todos os processos e eles relacionados e evitar a revitimização dessas pessoas. Sob essa perspectiva, poderá ser demonstrado que a mulher nada mais está fazendo do que priorizando a sua segurança e sua integridade, bem como de seu filho, também envolvido no ciclo de violência.

Diante da complexidade que envolve os casos de violência doméstica e familiar, especialmente quando há filhos menores envolvidos, torna-se urgente a adoção de estratégias que conciliem a proteção das vítimas com a preservação do direito à convivência familiar, nesse contexto, propõe-se a expansão da estrutura da Casa da Mulher Brasileira para incluir módulos específicos destinados à realização de visitas supervisionadas, voltados ao atendimento de crianças e adolescentes.

Embora a guarda compartilhada seja, nos termos da legislação vigente, a modalidade prioritária no ordenamento jurídico brasileiro, sua aplicação revela-se inadequada e perigosa em situações marcadas por histórico de violência doméstica, nesses casos, o contato direto e desassistido entre o agressor e a criança, ou mesmo com a genitora vítima, pode comprometer gravemente sua segurança física e emocional. Portanto, a implementação de espaços institucionalizados de supervisão, portanto, representa uma medida necessária de contenção de riscos.

A Casa da Mulher Brasileira, instituída pelo Governo Federal em 2015, constitui um dos principais eixos da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, oferecendo

atendimento humanizado, intersetorial e integrado a mulheres em situação de violência (BRASIL, 2023). Trata-se de um equipamento público que reúne, em um só espaço, serviços especializados de diversas áreas jurídica, psicológica, assistencial e policial, funcionando como um centro de acolhimento e proteção.

A proposta de incluir módulos voltados à realização de visitas supervisionadas atende à necessidade de garantir espaços seguros e estruturados para o exercício da convivência familiar, sempre sob a perspectiva da proteção integral da criança e do adolescente. Além disso, reforça o caráter multidisciplinar da Casa da Mulher Brasileira, ao contemplar uma demanda cada vez mais recorrente nos processos judiciais envolvendo violência doméstica: a mediação dos vínculos parentais de maneira controlada e supervisionada.

Portanto, a expansão da Casa da Mulher Brasileira com a incorporação de ambientes destinados ao acompanhamento de visitas entre genitores e filhos, sob supervisão profissional, constitui um avanço importante no aprimoramento das políticas públicas voltadas ao enfrentamento da violência doméstica, tal iniciativa alinha-se aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção integral da criança e do interesse superior do menor, contribuindo para a construção de uma rede de apoio mais eficiente, segura e sensível à complexidade dessas situações.

Novamente, mostra-se uma forma de adotar nos julgados nacionais e paranaenses uma perspectiva atual, humanizada e necessária para proteger os direitos da mulher e da criança ou adolescente envolvido no ciclo de violência e, assim, adotar a guarda unilateral como aquela que prioriza o melhor interesse da criança e do adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo visa demonstrar a dificuldade na escolha correta do regime de guarda em casos de violência doméstica, destacando a importância da análise do caso concreto, que afeta não apenas a mulher agredida, mas também as crianças e adolescentes envolvidos no ciclo de violência, como também a definição do regime de guarda deve ser cuidadosamente ponderada, priorizando o princípio do melhor interesse da criança e a proteção integral da mulher.

A exposição à violência doméstica tem efeitos profundos e duradouros sobre as crianças, impactando diretamente seu desenvolvimento físico, emocional e psicológico. Segundo Kitzmann (2007), mesmo quando não são vítimas diretas de agressão física, as crianças que presenciam violência familiar estão sujeitas a uma série de problemas psicossociais, como ansiedade, depressão, dificuldades de aprendizagem e comportamentos agressivos. Isso ocorre porque a violência doméstica cria um ambiente familiar disfuncional, marcado por tensão e medo, que compromete a sensação de segurança e estabilidade necessárias para o crescimento saudável. Além disso, a

exposição a esse tipo de violência pode normalizar comportamentos violentos, perpetuando ciclos intergeracionais de agressão e afetando negativamente a formação de vínculos afetivos e sociais. Portanto, a violência familiar não afeta apenas os adultos diretamente envolvidos, mas também molda de maneira significativa o bem-estar e o futuro das crianças que vivem nesse contexto.

A Lei Maria da Penha e a recente Lei nº 14.713/2023 representam avanços significativos ao estabelecerem diretrizes claras para a proteção das vítimas e a proibição da guarda compartilhada em casos de risco de violência doméstica. No entanto, sugere-se, ainda, a especialização de Varas de Família em casos de violência de gênero, garantindo maior segurança jurídica na aplicação da Lei nº 14.713/2023, é fundamental para que os operadores do direito adotem uma perspectiva de gênero em suas decisões, reconhecendo as desigualdades estruturais e os impactos psicológicos e sociais da violência sobre as mulheres e suas famílias, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, é uma ferramenta essencial nesse processo, ao orientar a adoção de práticas judiciais mais sensíveis e humanizadas.

Uma das propostas para a resolução deste problema é a expansão da Casa da Mulher Brasileira com módulos infantis, voltados à visitas supervisionadas, pois quando a violência doméstica está presente no núcleo familiar, o exercício da guarda compartilhada, ainda que regra geral no ordenamento jurídico, torna-se incompatível com a preservação da segurança física e emocional das vítimas.

A Casa da Mulher Brasileira é uma iniciativa do governo federal brasileiro, criada em 2015 no âmbito da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, com o objetivo de oferecer atendimento humanizado, integrado e eficaz às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (Brasil, 2023). Ela reúne, em um só espaço físico, diversos serviços especializados e essenciais ao acolhimento da vítima, funcionando como um centro de atendimento multidisciplinar e interinstitucional, entre os serviços disponíveis estão: delegacia da mulher, atendimento psicossocial, Ministério Público, Defensoria Pública, juizado especializado em violência doméstica e familiar contra a mulher, apoio para autonomia econômica, abrigo temporário e serviços de orientação jurídica e social, essa integração busca evitar que a mulher tenha que percorrer diferentes instituições em momentos de vulnerabilidade, facilitando o acesso à justiça e aos direitos.

Nesse contexto, a existência de um espaço institucionalizado e preparado para acolher mulheres e crianças em situação de risco não só assegura o cumprimento das decisões judiciais relativas à guarda, como também evita a exposição das vítimas a novos episódios de violência ou intimidação, ao funcionar como ambiente seguro para os infantes e as genitoras, a Casa da Mulher Brasileira, com essa nova estrutura, poderá integrar o sistema de justiça na aplicação de visitas

efetivas, promovendo o princípio do melhor interesse da criança e o respeito aos direitos fundamentais da mulher, das crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade.

Essa proposta fundamenta-se nos princípios da acolhida, agilidade processual, segurança da vítima e articulação das políticas públicas, que com uma expansão com módulos infantis, conforme mencionado, representaria um avanço importante no atendimento integral à família em situação de violência, sobretudo na proteção das crianças e adolescentes envolvidos no ciclo de agressão.

Ademais, essa estratégia é fundamental para o fortalecimento das políticas públicas de proteção a mulheres e crianças em situação de violência doméstica. Diante da crescente demanda por espaços seguros e adequados para o exercício do direito de convivência familiar, especialmente em casos em que há histórico de violência, propõe-se a criação de estruturas específicas para que funcionem como pontos institucionais para as visitas supervisionadas, essa iniciativa visa garantir a integridade física e emocional das vítimas, possibilitando o cumprimento de decisões judiciais sem revitimização e em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto na Constituição Federal e em normas infraconstitucionais.

Acredita-se que a melhoria das práticas judiciais e da rede de proteção à mulher, promovendo um ambiente seguro e saudável para as famílias afetadas pela violência, a implementação de medidas protetivas eficazes, aliada à conscientização sobre os direitos das mulheres e das crianças, é um passo crucial para romper o ciclo de violência e garantir que todas as vítimas tenham seus direitos resguardados.

REFERÊNCIAS

ALVES NETO, Marcos José; SILVA, Fábio Araújo. “Cê vai se arrepender de levantar a mão pra mim”: aplicabilidade legal da guarda unilateral como princípio do melhor interesse em casos de violência doméstica ou familiar. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação – REASE**, São Paulo, 2024.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 2024. São Paulo: **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, nº 18, 2024. ISSN 1983-7364. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/f62c4196-561d-452d-a2a8-9d33d1163af0>

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

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 8 ago. 2006.

BRASIL, **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1 Acesso em: 17 de mar. de 2025.

BRASIL. **Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm Acesso em: 17 de mar. de 2025.

BRASIL, **Ministério das Mulheres**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1 Acesso em: 17 de mar. de 2025.

BRASIL. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça**. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/> Acesso em: 18 de mar. de 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Sexta Turma). REsp 2037491/SP. RECURSO ESPECIAL 2022/0354287-9. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. **Acórdão**. Jurisprudência do STJ, DJe 20/06/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%222037491%22%29+ou+%28RESP+adj+%222037491%22%29.suce.&O=JT>. Acesso em: 2 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Quarta Turma). AgInt no AREsp n. 2.412.569/SP. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. **Acórdão**. Jurisprudência do STJ, DJe de 19/6/2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&p=false&operador=e&livre=%28%28+%28MELHOR+INTERESSE+DA+CRIANCA%29%29+e+%28+%28%271145%27%29.MIN.%29%29+E+%40CDOC%3D%272450005%27>. Acesso em: 2 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Sexta Turma). AgRg no HC n. 669.943/MG. Relatora: relator Ministro Sebastião Reis Júnior. **Acórdão**. Jurisprudência do STJ, DJe de 19/10/2021. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&p=false&operador=e&livre=%28%28+%28HABEAS+CORPUS+DELITO+COMETIDO+NO+CONTEXTO+DE+VIOLENCIA+DOMESTICA%29%29+e+%28+%28%271148%27%29.MIN.%29%29+E+%40CDOC%3D%272104317%27>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (12ª Câmara Cível) AI 0117074-54.2023.8.16.0000 e AI 0117723-19.2023.8.16.0000. **Agravo de Instrumento**. Relatora: Des. Ivanise Maria Tratz Martins. **Acórdão**. Jurisprudência do TJPR, DJe 16 jul. 2024.

Disponível em: <https://ibdfam.org.br/Jurisprudencia/imprimir/16132>. Acesso em: 2 jul. 2025.

CARVALHO, Cristiane Aparecida de; LIMA, Teófilo Lourenço de. Aplicabilidade da guarda

compartilhada em casos de violência doméstica. In: **9º Fórum Rondoniense de Pesquisa**, Ji-Paraná, RO, 2023.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. **Nova lei impede guarda compartilhada de filhos quando há risco de violência doméstica. DPE-PR destaca segurança jurídica e proteção às vítimas.** Curitiba, Defensoria Pública do Paraná, 2023. Disponível em: <https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/Nova-lei-impede-guarda-compartilhada-de-filhos-quando-ha-risco-de-violencia-domestica-DPE>. Acesso em: 17 de mar. de 2025.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Belo Horizonte, IBDFAM, 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/463/Síndrome+da+alienação+parental%2C+o+que+é+isso%3F>. Acesso em: 14 de mar. de 2025.

KITZMANN, Katherina M. **Violência doméstica e seu impacto sobre o desenvolvimento social e emocional de crianças pequenas.** Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância. Agosto, 2007. Ed. rev. (Inglês). Tradução: julho 2011. Disponível em: <https://www.encyclopedia-crianca.com/pdf/expert/maus-tratos-na-infancia/segundo-especialistas/violencia-domestica-e-seu-impacto-sobre-o>. Acesso em: 17 de mar. de 2025.

MARTINS, Aquiles; FUCHS, Lucas; CURY, Thais. A guarda dos filhos nos casos de violência doméstica contra a mulher. **Revista do CAAP**, 2017.

A RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA: INTERSECÇÕES ENTRE A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

Alice Beraldo JEVoux¹
Jamile Gonçalves CALISSI²

RESUMO

Este artigo analisa a proposta de alteração do artigo 1.514 do Código Civil brasileiro de 2002, que busca ampliar a concepção jurídica de casamento e família para abarcar também as uniões homoafetivas, à luz da evolução jurisprudencial promovida pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir dos julgamentos paradigmáticos da ADI 4277 e da ADPF 132. O estudo parte da hipótese de que a ausência de resposta legislativa efetiva tem sido suprida por decisões judiciais que interpretam a Constituição de 1988 de modo inclusivo e coerente com a dignidade da pessoa humana. O objetivo geral é compreender em que medida tais decisões e a proposta legislativa contribuem para a ressignificação do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia utilizada é qualitativa, de natureza exploratória, baseada em análise documental, revisão bibliográfica e exame de jurisprudência. Os resultados demonstram que há uma convergência entre os fundamentos constitucionais e a atualização legislativa proposta, reforçando a função social do Direito das Famílias e promovendo reconhecimento e proteção à diversidade dos arranjos afetivos contemporâneos. Conclui-se que a redefinição normativa do conceito de família revela um Direito Civil cada vez mais permeado pelos valores constitucionais, o que representa um avanço na consolidação de um Estado Democrático de Direito plural, inclusivo e comprometido com os direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Código Civil de 2002; Casamento civil; Uniões homoafetivas; Direito das Famílias; Constituição de 1988; Diversidade familiar; Jurisprudência constitucional.

ABSTRACT

- 1 Possui graduação em Comunicação Social Jornalismo pelo Centro Universitário do Sul de Minas (2018). Atualmente, cursa Direito na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), unidade Ituiutaba, com ingresso em 2021. Atuou como vice-presidente do Centro Acadêmico Nicolina de Melo Pereira (UEMG Ituiutaba) no biênio 2021/2022. Foi monitória acadêmica nas disciplinas de Ciência Política (2022) e Filosofia Geral e do Direito (2025). Organizou o grupo de estudos Tópicos de Ciência Política: A crítica feminista ao contrato social e foi bolsista de Iniciação Científica no projeto intitulado A libertação animal: uma leitura de Peter Singer aplicada ao Direito brasileiro (2022/2023). Participou da Operação Rondon, promovida pelo Ministério da Defesa, em 2023. Atualmente, é estagiária da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, com atuação na área do Direito Civil.
- 2 Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP (em andamento). Doutorado em Direito Constitucional, com pesquisa na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino (2015). Mestrado em Direito Constitucional, com pesquisa na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino - bolsista integral CAPES (2004). Especialização MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (2008). Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab (2001). Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Professora Titular no Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Uniara - Universidade de Araraquara (2021). Professora das Faculdades Integradas de Jaú. Professora-conteudista em cursinhos preparatórios para concursos. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, com pesquisas que envolvem: Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Internacional, Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica, Epistemologias Jurídicas, Inclusão e Emancipação, Relativismo Cultural, Novas Tecnologias, Gestão de Conflitos e modelos de soluções de conflitos. Membro equipe editorial - gestão administrativa (OJS; triagem e revisão de textos) da Revista Jurídica da UEMG - INOVAJUR - Tecnologia, Informação e Inovação. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8025-7863>.

This article analyzes the proposed amendment to Article 1,514 of Brazil's 2002 Civil Code, which aims to broaden the legal definition of marriage and family to include same-sex unions, in light of jurisprudential developments driven by the Federal Supreme Court (STF), particularly through the landmark rulings in ADI 4277 and ADPF 132. The study is based on the hypothesis that the lack of an effective legislative response has been addressed through judicial decisions interpreting the 1988 Constitution in an inclusive manner, aligned with the principle of human dignity. The general objective is to assess how these decisions and the proposed legislative reform contribute to redefining the legal concept of family in contemporary Brazil. Methodologically, the study adopts a qualitative and exploratory approach, grounded in documentary analysis, literature review, and jurisprudential research. The findings demonstrate a convergence between constitutional principles and the proposed legislative updates, reinforcing the social function of Family Law and advancing the recognition and protection of diverse affective arrangements. The article concludes that the normative redefinition of family reflects a Civil Law system increasingly shaped by constitutional values, representing a major step toward a plural, inclusive, and rights-based democratic society.

KEY-WORDS: 2002 Civil Code; Civil Marriage; Same-Sex Unions; Family Law; 1988 Constitution; Family Diversity; Constitutional Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

Recentemente, a reforma do Código Civil brasileiro emergiu nas discussões jurídicas. A inclusão de juristas mulheres e a revisão de conceitos tradicionais, como o de família, refletem um movimento de modernização e adaptação às dinâmicas sociais atuais. Este artigo visa explorar as nuances dessa reforma, com foco especial na proposta de alteração do Art. 1.514, que simboliza uma mudança paradigmática na possibilidade de reconhecimento dos casamentos homoafetivos.

A proposta de reforma do Código Civil brasileiro, notadamente a alteração do artigo 1.514, recoloca em pauta a redefinição jurídica da família e do casamento. A substituição da redação binária — “homem e mulher” — por uma fórmula neutra e inclusiva — “duas pessoas livres e desimpedidas” — reflete não apenas uma atualização legislativa, mas uma transformação paradigmática nos fundamentos do Direito das Famílias. Essa transformação é impulsionada tanto por pressões sociais quanto por decisões judiciais de grande repercussão, que reconhecem a legitimidade jurídica das uniões homoafetivas e seu enquadramento como entidades familiares.

Dessa forma, pergunta-se, em que medida as decisões do STF e a proposta de alteração do artigo 1.514 do Código Civil contribuem para a ressignificação normativa do conceito de família no Brasil contemporâneo?

A atuação do Poder Judiciário, ao interpretar a Constituição de 1988 de maneira ampliativa e inclusiva, somada à proposta de reforma legislativa em curso, tem desempenhado papel essencial na transição do conceito tradicional de família para um modelo plural, afetivo e alinhado à dignidade da pessoa humana.

O trabalho, assim, pretende analisar como a proposta de alteração do artigo 1.514 do Código Civil e a jurisprudência constitucional brasileira têm contribuído para a ampliação do conceito de família. E o fará, (i) examinando os fundamentos constitucionais que sustentam a pluralidade de arranjos familiares; (ii) estudando o impacto jurídico da ADI 4277 e da ADPF 132 no reconhecimento das uniões homoafetivas; (iii) avaliando a proposta de reforma do artigo 1.514 à luz do movimento de repersonalização do Direito Civil; (iv) refletindo sobre os limites e responsabilidades do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais.

A importância da pesquisa reside no fato de que a família é uma construção jurídico-social em constante transformação. A Constituição de 1988 ampliou a proteção jurídica a diversas formas de afeto e convivência. No entanto, a legislação infraconstitucional ainda apresenta lacunas que comprometem a eficácia plena desse novo paradigma. A proposta de reforma do Código Civil, quando lida em conjunto com a jurisprudência constitucional, representa uma tentativa de superar essa dissonância e de institucionalizar a igualdade material entre diferentes configurações familiares.

Diante do todo aqui exposto, a pesquisa será qualitativa, de caráter exploratório, e se apoiará na análise documental (especialmente decisões do STF e o relatório da Comissão de Juristas), revisão bibliográfica especializada e interpretação jurídica crítica. Busca-se, assim, construir uma análise interdisciplinar e integrada entre Direito Constitucional e Direito Civil, sem recorrer a meras abstrações conceituais.

Por fim, o texto estará dividido da seguinte forma, primeiramente, será tratada sobre a discussão de Família e como esta está inserida na Constituição Federal. Em um segundo momento, será discutido o protagonismo do judiciário e como isso pode acabar influenciando na maneira de conceber sua atuação. Complementar a isso, será pensando o ativismo judicial e se ele foi ou não atuante na discussão traçada por este trabalho.

1. DA DISCUSSÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Nos últimos meses, a reforma do Código Civil tem sido objeto de intensa atenção midiática, sendo diversos temas meticulosamente debatidos por um corpo de juristas especializados na área. Nesse contexto, é relevante destacar a participação de renomados especialistas, entre os quais se destaca Maria Berenice Dias, figura seminal na discussão da homoafetividade no Brasil.

A obra "União Homossexual: o Preconceito e a Justiça", publicada originalmente em 1999, é um marco neste debate. O trabalho de Dias foi citado pelo ministro Marco Aurélio no voto proferido em 2011 no Supremo Tribunal Federal (STF) quando se analisava as uniões estáveis homoafetivas. Dentre as diversas reflexões da obra, a autora pensa sobre as formas de preconceito e

como elas têm sido desafiadoras para a efetivação do princípio da igualdade consagrado pela Constituição Federal (Dias, 2005).

Como resultado desse trabalho conjunto reflexivo, foi elaborado um relatório final que representa o esforço desses profissionais em prol de um Código Civil mais atualizado e em consonância com os valores da sociedade contemporânea.

Uma das discussões travadas nesse esforço de civilistas orbitou o conceito de família. Um dispositivo que merece destaque na proposta feita pelo “Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil” é o artigo 1.514, que trata do casamento. A sugestão é: "Art. 1.514. O casamento se realiza quando duas pessoas livres e desimpedidas manifestam, perante o celebrante, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal e o celebrante os declara casados".

Essa redação é sugerida em substituição ao atual artigo 1.514 do Código Civil (2002), que dispõe: "Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados".

É evidente a mudança no novo texto, que não mais restringe o estabelecimento do casamento a um ato realizado por pessoas de sexos diferentes. A redação proposta é ampla, seguindo uma visão progressista que é corroborada pela doutrina do Direito das Famílias e, sobretudo, em observância à constitucionalização do Direito. A não limitação de algo tão singular, substancial como a família, sua expansão para abranger as mais diversas realidades, incluindo as famílias homoafetivas, são reflexos dessa evolução.

A discussão em questão, embora inserida no âmbito do Direito Civil, teve origem no Supremo Tribunal Federal. No ano de 2011, a Corte, em uma análise histórica e paradigmática da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277), equiparou a união estável de casais homoafetivos à união estável de casais heteroafetivos.

Esse julgamento histórico estabeleceu bases de análise e conferiu à família uma concepção ampliada, uma ideia já presente no pensamento doutrinário e em algumas decisões de tribunais inferiores, mas que nunca foi abordada em questões de repercussão geral.

O questionamento normativo para esse julgamento estava relacionado tanto ao disposto na Constituição Federal (Art. 226, § 3º) quanto ao Art. 1.723 do Código Civil, que reconhecia como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada pela convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. A principal discussão centrou-se na equiparação das uniões homoafetivas às heteroafetivas, estas últimas expressamente previstas no texto normativo.

As relações homoafetivas, de fato, têm uma longa trajetória histórica, marcando presença em diversas culturas e períodos. Na Grécia Antiga, por exemplo, tais relações eram integradas em diversos aspectos da sociedade. A chamada pederastia, que envolvia relações entre homens adultos e jovens púberes ou adolescentes, era uma prática socialmente significativa entre as elites. A sociedade grega antiga não concebia a orientação sexual como um identificador social da mesma forma que as sociedades ocidentais modernas.

Durante a Idade Média, apesar do domínio da moral católica, que geralmente condenava as práticas homoafetivas, registros históricos indicam que tais relações continuavam a ocorrer, embora de maneira mais velada. A homoafetividade era muitas vezes subentendida em textos literários e documentos da época, sugerindo que, apesar das proibições oficiais, a prática persistia no cotidiano das pessoas.

Nas culturas originárias sul-americanas, a documentação é mais escassa, mas existem evidências de que as relações homoafetivas eram parte da vida social em várias comunidades indígenas. Essas práticas eram frequentemente incorporadas às crenças e rituais religiosos dessas culturas, demonstrando uma compreensão da sexualidade que diferia significativamente da visão europeia que se impôs após a colonização.

Essa rica tapeçaria histórica das relações homoafetivas revela a diversidade de compreensões e aceitações dessas relações ao longo do tempo e em diferentes culturas, desafiando a noção de que a homoafetividade é um fenômeno moderno ou exclusivamente ocidental. No entanto, no contexto jurídico brasileiro, tais relações foram historicamente marginalizadas, não sendo reconhecidas legalmente. Ao longo da história, pouco se deu importância a esse tema, chegando ao ponto de não haver uma abordagem legal adequada para assegurar os direitos da comunidade LGBTQIAPN+.

Com o avanço da sociedade e o Poder Judiciário assumindo destaque ao resolver os conflitos daqueles que buscam sua intervenção, não demorou para que essa lacuna fosse suprida, ultrapassando até mesmo o poder Legislativo e resultando em um confronto real. Tanto a atuação do Supremo quanto a do Direito, responsável por trazer discussões inovadoras, demonstraram a necessidade de juristas do âmbito civilista enfrentarem a temática em suas obras.

No mais, de igual relevância, o ano de 2011 que marcou um avanço significativo com o reconhecimento jurídico da união estável entre homoafetivos, também conferiu à comunidade LGBTQIAPN+ a legitimação da estrutura familiar, em detrimento da anterior concepção como mera sociedade de fato, viabilizando, assim, a adoção de crianças por casais homoafetivos. Essa evolução normativa impulsionou a criação de múltiplos precedentes judiciais, tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto nos Tribunais Estaduais e Federais, consolidando as garantias para a

formação de núcleos familiares sob a égide da homoafetividade, bem como sob perspectivas mono e multiparentais.

1.1 Família na Constituição

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguindo sua característica analítica, reservou capítulo (VII) específico para tratar “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, no interior do título (VII) destinado à “Ordem Social”. Nesse capítulo, os constituintes originário e reformador, pela Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010, traçaram as normas cardeais do novo direito de família nacional, ora expressas em regras, ora em princípios, inclusive implícitos.

Os influxos democratizantes da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 também deitaram raízes sobre esse tema, oxigenando-o com valores mais afeitos a nova ordem constitucional que se instalaria, mirando-se o estabelecimento de uma sociedade livre, justa, igual e solidária, livre de preconceitos e que repudia qualquer ato discriminatório ou atentatório à dignidade da pessoa humana.

No caput do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), consta que a família é base da sociedade e tem proteção do Estado. É nítida a recepção pelo direito positivo nacional da dicotomia entre sociedade civil, da qual a família é componente, e Estado. A família insere-se não só como componente da sociedade civil, mas como sua base, ao passo que o Estado se ergue como ente jurídico que atua sobre ela, conferindo-lhe proteção e unidade. Esta relação já era reconhecida por Hegel que apontava a subordinação da família e da sociedade civil ao Estado, sendo este protagonista e aqueles meros coadjuvantes (Dallari, 1985)

Ao contrário dessa subordinação, não é sem motivo a escolha da palavra proteção no referido texto normativo, ligando-se à palavra família. Trata-se de opção constitucional em não traçar linhas cerradas sobre o que vem a ser família, relegando essa atribuição ao próprio desenvolvimento social do fenômeno, protegendo de forma ampla os mais diversos arranjos familiares que surgirem.

Tal proteção ampla mostra-se nítida em comparação com os textos normativos das constituições brasileiras anteriores. A Constituição Federal de 1967 condicionava a existência da família à celebração do casamento, texto que teve o teor mantido na Emenda Constitucional n.º 1 de 17 de outubro de 1969. De modo análogo, o matrimônio também significava condição basilar para constituição da família na vigência das Constituições Federais de 1946, 1937 e 1934. A Constituição Federal de 1891, contudo, não tratou expressamente da temática, na esteira da sua característica de documento sintético inspirado na constituição estadunidense de 1787, enquanto que a Constituição

Federal de 1824 só se interessou pela família imperial e nenhuma outra.

É notável a ampliação normativa em curso na Constituição Federal de 1988, buscando abranger uma gama mais ampla de entidades familiares no seu texto. Por trás dessa guinada, existe uma tendência repersonalizadora do direito civil, deixando no passado sua feição essencialmente patrimonial para tutelar, em primeiro e privilegiado lugar, a pessoa humana, em total conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e seu fundamento: a dignidade da pessoa humana. Palco privilegiado dessa transformação, o direito de família também se repersonaliza de modo a privilegiar um novo modelo:

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito das famílias. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado (Dias, 2016, p. 133).

Nessa toada, a Constituição Federal (Brasil, 1988) reconheceu, para além do casamento, a relação de afeto pública e duradoura travada por pessoas sem a celebração do matrimônio, conferindo-lhe proteção e eficácia no plano jurídico por se tratar de entidade familiar. Do mesmo modo, reconheceu-se nova modalidade de entidade familiar cujos componentes são qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental). Com efeito, percebe-se que o texto constitucional se mostra aberto e poroso aos desdobramentos sociais pelos quais a família tem passado nas últimas décadas, assumindo as mais diversas composições de pessoas.

Na esteira dessa mesma conclusão é o magistério de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 58):

[...] O conceito trazido no caput do art. 226 é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira cláusula geral de inclusão. Dessa forma, são o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal. [...] Em última análise, é possível afirmar: todo e qualquer núcleo familiar merece especial proteção do Estado, a partir da cláusula geral de inclusão constitucional. Equivale a dizer: todas as entidades formadas por pessoas humanas que estão vinculadas pelo laço afetivo, tendendo à permanência, estão tuteladas juridicamente pelo Direitos das Famílias, independentemente da celebração do casamento. É o que se vem denominando de família eudemonista, isto é, tendente à felicidade individual dos seus membros, a partir da convivência, permitindo que cada pessoa se realize, pessoal e profissionalmente, convertendo-se em seres socialmente úteis, não mais se confinando ao estreito espaço da sua própria família.

Especificamente sobre o conceito de família eudemonista, trata-se da doutrina que enfatiza o sentido da busca do sujeito pela sua felicidade. A supremacia do amor e a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único critério eficaz de definição da família, pois as relações afetivas são o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais, capazes de possibilitar às pessoas realização pessoal nas suas mais variadas dimensões (Dias, 2015, p. 143-144).

A decisão do Supremo Tribunal Federal em 2011, que julgou a ADI 4277 e a ADPF 132, representou uma ampliação semântica significativa do conceito de família. Essa mudança possibilitou a comparação entre as uniões estáveis heteroafetivas e homoafetivas. Embora o foco da discussão tenha sido a instituição da união estável, é crucial ressaltar que, em última análise, o debate envolve a própria definição de família.

E, após essa decisão histórica, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 175 de 2013, proibiu expressamente as autoridades de recusarem a habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. A resolução também estabeleceu a competência do juiz corregedor para intervir em casos de descumprimento dessa determinação.

Essa interpretação do Supremo Tribunal Federal permitiu, portanto, que casais homoafetivos, historicamente marginalizados, ganhassem destaque no âmbito do direito, possibilitando-lhes estabelecer uma comunhão reconhecida como família.

2. O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NACIONAL

Com o movimento constitucionalista pós-Segunda Guerra Mundial, o Poder Judiciário começou a ganhar presença e importância na vida social. No Brasil, tal cenário não é diferente, e a presença mais atuante do Poder Judiciário se dá pós-Ditadura Militar, durante o período posterior de redemocratização.

O panorama atual é caracterizado por um reforço nas garantias e prerrogativas inerentes à magistratura. Com a nomeação de novos ministros para o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e outras instâncias judiciais, observa-se uma diminuição progressiva das nomeações de cunho militar. Paralelamente, a consolidação de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública tem democratizado o acesso ao poder judiciário, possibilitando a participação de indivíduos de diferentes estratos econômicos. Assim, o Poder Judiciário torna-se cada vez mais entrelaçado com a sociedade brasileira, estabelecendo-se como um pilar fundamental no seio social.

Recentemente, observou-se um fenômeno no qual figuras do Poder Judiciário adquiriram notoriedade e popularidade comparável àquela tradicionalmente associada aos membros dos Poderes Executivo e Legislativo. A presença crescente dessas personalidades em seções políticas de periódicos tem gerado certa confusão entre o público geral, possivelmente devido à falta de precisão na cobertura jornalística ou ao déficit de conhecimento jurídico-político da população.

Nesse contexto, destaca-se a perspectiva do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso, que postula uma transformação do Judiciário: de um órgão técnico-especializado

para uma entidade com poder político efetivo, detentor da capacidade de assegurar a supremacia da Constituição e das leis, inclusive mediante interações desafiadoras com os demais Poderes da República. Esta visão, embora menos convencional, ressalta a evolução do papel do Judiciário no cenário político nacional (Barroso, 2009, p.12).

Além disso, Faria (2023, p.5) aponta alguns motivos para uma atuação mais acentuada do Poder Judiciário, sendo resultado:

(i) da crise fiscal do Estado, (ii) de uma inflação legislativa que gera imprevisibilidade das expectativas por causa da profusão de leis editadas para dar conta de casos específicos e conjunturais, (iii) da fragilização do poder político, (iv) de escândalos de corrupção, (v) da captura de determinados setores da máquina administrativa do poder público por interesses privados, (vi) da maior capacidade de ação dos movimentos sociais, (vii) da maior capacidade de mobilização da sociedade civil e, agora, (viii) das reiteradas afrontas do presidente da República ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

A análise crítica dos comentários do autor revela que as razões subjacentes à atuação do Poder Judiciário não derivam exclusivamente de sua própria iniciativa. Ao contrário, são os fatores político-sociais que impulsionam a procura pela intermediação desse poder. Observa-se que os Poderes Legislativo e Executivo frequentemente recorrem ao Judiciário como árbitro para suas disputas, atribuindo a este último o papel de solucionador primário de impasses legislativos e administrativos.

Consequentemente, é razoável inferir que, diante da ausência de solução legislativa ou executiva para uma questão social ou econômica, tal demanda inevitavelmente busca resolução junto ao Poder Judiciário.

A jurisdição constitui um dos fundamentos essenciais do Estado Democrático de Direito, representando uma expressão tangível do exercício da autoridade legal e do poder soberano. Contudo, o fenômeno atual de politização do Judiciário e a consequente judicialização dos processos políticos instigam uma análise crítica acerca de suas repercussões na estrutura social e no sistema democrático. Conforme enfatizado por Montesquieu (2009) a liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da opinião cada um tem de sua segurança; dessa forma, para que se tenha essa liberdade, é necessário que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Tal postulado adquire especial relevância no contexto contemporâneo; entretanto, emergem questionamentos sobre as implicações quando o Judiciário se estabelece como o garantidor exclusivo dos direitos de determinados segmentos da população.

Atualmente, verifica-se que determinados segmentos sociais carecem de proteção jurídica específica para a salvaguarda de seus direitos fundamentais, dependendo exclusivamente de interpretações e decisões judiciais para a garantia de sua segurança jurídica. Tais interpretações judiciais emergem da imperiosa necessidade do Poder Judiciário de dirimir os conflitos que lhe são

submetidos, incumbência da qual não pode se eximir.

Neste contexto, as relações homoafetivas exemplificam essa realidade. A Constituição Federal de 1988 foi concebida com o propósito de ser um documento inclusivo, promotor da igualdade e do bem-estar social. No entanto, uma leitura literal de seu texto não contempla expressamente as relações homoafetivas. É prudente evitar uma análise anacrônica, considerando que, à época da redação do texto constitucional, as condições sociais e os desafios enfrentados eram distintos dos atuais, refletindo uma disparidade com a realidade contemporânea.

O legislador, até o presente momento, não consolidou de maneira substancial as garantias e os direitos fundamentais inerentes às relações homoafetivas. A maior parte das proteções legais conferidas a esse grupo social origina-se predominantemente do Poder Judiciário, por meio de jurisprudências e decisões judiciais.

2.1 Do Dever de Julgar

Ao Poder Judiciário compete a função de jurisdição, é o poder coberto de obrigação que tem o Estado, através de um de seus agentes, de aplicar o direito a um caso que chega ao seu conhecimento.

Antes de tudo, a palavra jurisdição significa “dizer o direito”. Atualmente, deve ser compreendida não apenas como dizer o direito, mas também como “efetivar o direito”. É, a um só tempo, poder, função e atividade, por meio dos quais o Estado diz e realiza o direito no caso concreto.

Em sua essência, é a expressão do poder estatal na aplicação do direito, sendo um instrumento fundamental para a manutenção da ordem jurídica e social. Trata-se de atividade estatal que tem por finalidade a solução de conflitos de interesses, por meio da aplicação do direito. Sendo assim, busca a realização de três importantes objetivos: a) pacificação social; b) afirmação do poder estatal; c) dizer e realizar o direito no caso concreto.

De todo modo, a jurisdição é a atuação (poder-dever) estatal, que tem por finalidade a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, de forma que se resolve de maneira definitiva uma situação de insegurança jurídica e, assim, gera, com tal solução, a pacificação.

A jurisdição é caracterizada por sua substitutividade, onde o Estado determina o direito em substituição à vontade das partes, e sua inércia, sendo ativada apenas mediante provocação, conforme o art. 2 do CPC. É única, exercida pelo Poder Judiciário (art. 16 do CPC), e suas decisões possuem imperatividade, com mecanismos de cumprimento. A inafastabilidade da jurisdição é garantida, mesmo para declarar a inexistência de direito ou incompetência (art. 5, XXXV, CF; art. 3, CPC). A substitutividade é reiterada na heterocomposição dos conflitos, e a criatividade se

manifesta na criação de normas individuais para regular casos concretos. A definitividade ou imutabilidade das decisões judiciais, assegurada pela coisa julgada material (art. 502 do NCPC), confere segurança jurídica. A jurisdição fundamenta-se na lide, um conflito de interesses com pretensão resistida, e é secundária, atuando quando as partes não resolvem o conflito por si. Por fim, a imparcialidade do juiz é essencial para o tratamento equânime das partes no processo.

Alguns princípios da Jurisdição são importantes de serem citados. Em observação ao princípio da indeclinabilidade. O órgão jurisdicional, uma vez provocado, não pode recusar-se, tampouco delegar a função de dirimir os litígios, mesmo se houver lacunas na lei, caso em que poderá o juiz valer-se de outras fontes do direito, como a analogia, os costumes e os princípios gerais (art. 4º, LINDB). Já a indelegabilidade, decorrente do princípio da indeclinabilidade, no qual o órgão, investido de jurisdição, fica impedido de abdicar as suas funções. Outro princípio da jurisdição importante a ser citado é o da inevitabilidade. Tratando-se, a jurisdição, de emanção do próprio poder estatal, as partes hão de se submeter ao que for decidido pelo órgão jurisdicional, posicionando-se em verdadeira sujeição perante o Estado-Juiz. Assim, não podem as partes evitar os efeitos decorrentes da decisão estatal).

Em suma, o Poder Judiciário, atuando dentro dos seus limites tanto escritos quanto principiológicos, tem um exercício abrangente. E um exercício vinculado não só ao ordenamento jurídico, mas à função essencial do judiciário. Que tem um dever de atuação. Atualmente, acontece, entretanto, uma discussão sobre o posicionamento de ativismo do judiciário. O termo ativismo judicial é algo de difícil compreensão, tendo em vista que não detém de um conceito pacificado (Brasil; Gonzaga, 2020). Dentro do direito há diversas conotações para o conceito, movendo em um espectro positivo-negativo.

Desta feita, assunto contemporâneo e de impacto social, é a questão do chamado ativismo judicial que suscita intensos debates no âmbito jurídico, especialmente em relação aos limites da atuação do Poder Judiciário e sua interação com as demais funções do Poder.

3. ATIVISMO JUDICIAL: UMA DISCUSSÃO CONTEMPORÂNEA

Com a promulgação da Constituição de 1988, o judiciário brasileiro abandonou sua postura de autocontenção judicial, que se traduzia em uma abordagem mais passiva, na qual seus membros evitavam se posicionar sobre a aplicação direta da Constituição, exceto quando expressamente prevista, voltando seu foco para a vontade do legislador. Isso se refletia na análise rigorosa da constitucionalidade das leis e atos normativos, bem como em uma abordagem mais hesitante, ou até mesmo ausente, em relação às questões de políticas públicas (Barroso, 2009).

No entanto, a Constituição de 1988 representou uma mudança significativa na atuação do judiciário brasileiro, marcando o início de uma postura mais ativa em relação às demandas apresentadas. Isso reflete um movimento em direção ao neoconstitucionalismo, que busca uma interpretação mais ampla e efetiva da Constituição no sistema jurídico do país.

Segundo Barroso (2009), o ativismo judicial e a judicialização são conceitos semelhantes, mas com origens diferentes. Enquanto a judicialização refere-se ao aumento do papel do Poder Judiciário na resolução de questões que antes eram tratadas por outros poderes, o ativismo judicial está relacionado a uma participação mais ampla e destacada do Poder Judiciário em áreas que eram de competência de outros poderes. Essa manifestação pode ter motivações diversas:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso, 2009, p.14).

Contudo, o termo ativismo judicial é polissêmico e perpassa nas discussões em direito por diferentes sistemas jurídicos, o que dificulta necessariamente a sua conceituação unânime.

Alguns especialistas entendem que o ativismo surgiu mesmo antes da criação do termo, no caso *Marbury versus Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana, em que o juiz Marshal afirmou ser possível o judicial review, mesmo não previsto na Constituição norte americana. (Brasil; Andrade, 2018).

Ainda que se remonte a possível origem do termo e o início da solidificação de sua discussão, é fato de que o ativismo judicial exposto com contraposição de ideias ao que realmente significaria, se deu a partir do movimento de garantia e efetividade de direitos fundamentais, ganhando projeção com a ascensão do neoconstitucionalismo, que trouxe nas Constituições democráticas modernas o fortalecimento do Poder Judiciário, até mesmo na contramão de períodos autoritários e de enfraquecimento dessa via republicana (Brasil; Andrade, 2018).

A definição mais atinente à complexidade dessa terminologia determina o ativismo judicial enquanto um exercício de poderes político-normativos realizado por juízes e cortes frente aos demais atores políticos, e que deve ser avaliado segundo três critérios: “(a) segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais e (c) múltiplas dimensões de práticas decisórias” (Brasil; Andrade, 2018).

Essa é uma abordagem através de uma concepção multidimensional do termo que rejeita uma definição estática, propondo uma análise contextualizada da divisão de poderes, das normas constitucionais e legais, e das particularidades culturais e sociais de cada país. Essa abordagem

implica que as decisões judiciais são complexas e não se submetem a critérios únicos de identificação, exigindo um exame caso a caso para verificar se ultrapassam os limites legais. Assim, não se pode predefinir o ativismo judicial sem considerar as nuances políticas que influenciam as decisões, especialmente no Brasil, onde tais decisões frequentemente refletem posições progressistas.

A Constituição de 1988, ao ampliar o acesso à jurisdição e permitir a judicialização de demandas sociais, contribuiu para o surgimento do debate sobre ativismo judicial no Brasil. O acúmulo de processos nos tribunais exigiu do Judiciário uma adaptação às dinâmicas sociais, resultando na expansão das decisões dos Tribunais Superiores, como o Supremo Tribunal Federal, por meio de julgamentos de Repercussão Geral e da edição de Súmulas Vinculantes para uniformizar o entendimento em casos recorrentes. Essa atuação reflete o (neo)constitucionalismo e visa a efetivação dos direitos fundamentais, mesmo diante da inércia dos demais poderes e da Administração Pública em relação a essas questões.

Desta forma, em consonância com o debate social, o STF passa assim a seguir duas vertentes importantes e legítimas, não devendo ser reduzidas pejorativamente a pecha negativa de ativismo judicial, são elas a dimensão negativa e positiva. Em suma, a primeira versando sobre proibir a coercitividade e a ampliação da efetivação de direitos fundamentais, impondo ao Estado e demais poderes republicanos controle conforme à Constituição, aqui podendo ser o controle concentrado de constitucionalidade visto como um exemplo, e a última como um impulsionador da legitimidade e validade de políticas públicas que estejam sendo realizadas e planejadas pelos poderes Legislativo e Executivo que estejam assegurando condições de mínimo existencial e cidadania. (Brasil; Andrade, 2018).

Contudo, faz-se importante ressaltar que o ativismo judicial não é o mesmo que judicialização da política. A judicialização diz respeito a um processo em que demandas de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo e esse processo envolve o debate acerca do papel do Poder Judiciário, especialmente no que concerne à aproximação do processo decisório presente nos demais Poderes quando há necessidade de suprir lacunas das ações políticas sobre questões fundamentais como saúde, segurança, liberdade e direitos humanos (Barroso, 2012).

Na verdade, a judicialização de políticas é uma das consequências da constitucionalização do direito, onde surge a dependência cada vez mais acelerada de meios judiciais, para abordar os principais dilemas morais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas.

Assim, o ativismo judicial, é caracterizado pela participação intensa do Poder Judiciário, inclusive com ingerência sobre os demais poderes, através de decisões que interferem diretamente

na regulamentação da vida em sociedade e nas políticas públicas estatais, e sempre sob o manto da interpretação das normas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, como já informado, o conceito multidimensional, também sofre crítica. Parte da doutrina entende o ativismo judicial como um ultrapassar dos limites impostos ao exercício da função jurisdicional, resultando em uma descaracterização que fere o princípio da separação dos poderes, no que propõe uma abordagem dogmática para estabelecer parâmetros que permitam diferenciar a legítima interpretação constitucional de atuações ativistas, enfatizando que a análise deve considerar a natureza da norma constitucional em questão, o grau de discricionariedade permitido pela lei e a existência de precedentes ou práticas consolidadas (Ramos, 2017). Essa é uma visão que atribui à atuação ativista do Poder Judiciário um risco para a democracia, pois, considera uma ingerência indevida nas questões de cunho político, sem que tenha o Judiciário obtido do povo, por meio do voto popular mandato para representá-lo (Ferreira Filho, 2009).

Além da censura ao ativismo judicial pela ausência de legitimidade dos integrantes do Judiciário para decidirem sobre questões políticas e pelo risco de politização dos magistrados, - o que pode comprometer a imparcialidade dos julgamentos -, também enfrenta o Judiciário as limitações institucionais próprias de um poder que não foi concebido para fazer políticas públicas. Simpatizantes ou não, o fato é que os Tribunais brasileiros, numa clara tendência de rompimento com a clássica concepção da separação de poderes, vêm apreciando causas judiciais que discutem escolhas políticas, transpondo os limites da análise formal do ato, para adentrar no mérito da ação ou omissão estatal, tanto nas ações coletivas, como nas ações individuais.

Assim, importante discussão em sede de ADPF de n. 45, de relatoria do então Min. Celso de Mello, parece, desde então, estar dando o tom quanto a possibilidade de “ingerência do Poder Judiciário sobre Políticas Públicas”. Eis o acórdão do referido Ministro:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais e econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

O julgamento da ADPF n. 45 invoca, como fundamento para a flexibilização da separação dos poderes e interferência do Poder Judiciário nas funções do Legislativo e Executivo, a supressão de violação a direito fundamental assegurado na Constituição. A atuação do Judiciário, segundo este entendimento (baseado em situação que não se concretizou na prática porque no curso da ação judicial sobreveio a edição de norma legal que corrigiu a disposição legal impugnada), estaria em

conformidade com a ideia de atuação harmônica das funções estatais, de modo a impedir que se perpetue a violação a direitos sociais, ante a omissão dos poderes competentes.

O posicionamento adotado na decisão do Ministro Relator Celso de Melo está em consonância com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos casos que envolvem a concessão de direitos sociais como saúde e educação e denota que o Judiciário não vê a política pública como um tema de exclusividade dos Poderes Legislativo e Executivo; entende que, havendo omissão do legislador, está o Judiciário, excepcionalmente, autorizado a formular e implementar políticas públicas.

De todo modo, a percepção de que o Judiciário pode resolver e efetivar direitos levou a uma maior relevância das decisões judiciais no preenchimento de lacunas de proteção estatal e atendimento às demandas sociais. O Supremo Tribunal Federal, em especial no exercício do controle de constitucionalidade, tem respondido a essas expectativas não por liberalidade, mas em resposta à crescente demanda social por tutela jurisdicional.

Por isso a atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade de maneira mais incisiva trazendo avanços a minorias políticas pode ser vista como ativismo judicial, por essa diferença abrupta de fortalecimento e efetivação de direitos sociais e o descrédito dos demais poderes, unicamente representativos de pequenas majorias políticas, paradoxalmente. A contraposição reside justamente na garantia de direitos mais básicos a sujeitos que viviam à margem da sociedade e de sua normativa e a involução do poder legislativo, tendo como característica a omissão voluntária às temáticas de cunho progressista.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, este artigo procurou analisar o papel do Poder Judiciário, em particular do Supremo Tribunal Federal (STF), na ampliação do conceito de família. Os julgamentos da ADPF 132 e da ADI 4277 resultaram em uma expansão semântica desse conceito, refletida na Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2013 e, hodiernamente, nas sugestões de alterações ao Código Civil que versam sobre Direito das Famílias.

Como resultado, demonstrou que a proposta de alteração do artigo 1.514 do Código Civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente nos julgamentos da ADI 4277 e da ADPF 132, representam marcos na transição de um modelo de família baseado na rigidez normativa para outro centrado na dignidade da pessoa humana, na afetividade e na inclusão.

A hipótese inicialmente formulada restou confirmada: a atuação interpretativa do STF foi decisiva para suprir a omissão legislativa e impulsionar uma releitura do conceito de família, em consonância com os princípios constitucionais da igualdade, liberdade e não discriminação. Essa

atuação, longe de configurar um desvio institucional, evidencia a força normativa da Constituição como instrumento de transformação social.

O estudo também permitiu verificar que a proposta legislativa de substituição da redação do artigo 1.514 está alinhada à função contemporânea do Direito das Famílias: ser um campo jurídico comprometido com a realidade social e com os afetos legítimos que constituem os vínculos humanos. A família eudemonista, fundada na busca da felicidade e no afeto, deixa de ser uma abstração doutrinária para se afirmar como horizonte normativo.

Conclui-se, por fim, que a combinação entre interpretação constitucional progressiva e reforma legislativa participativa constitui uma estratégia eficaz para consolidar o Direito das Famílias como espaço de reconhecimento e cidadania. A ressignificação do conceito de família revela um Direito que não apenas acompanha a evolução da sociedade, mas também a impulsiona.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paul: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Suffragium - Rev. do Trib. Reg. Eleit. do Ce, Fortaleza, v.5.n.8, p.1-177 jan/dez.2009.

BRASIL, Clarissa; ANDRADE, Dionísio de. **Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos**. Rio de Janeiro. Quaestio Iuris (QI), 2018, Vol 11, Issue 4, p3279.

BRASIL, GONZAGA. **Ativismo judicial**: meio necessário para criação e efetivação dos direitos fundamentais nas relações homoafetivas. Braz. J. of Develop., Curitiba, v. 6, n. 1,p.1010- 1028 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277**. União Homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2011]. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 15 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2003]. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 15 mai. 2024.

BUZZI, Marco et.al. **Anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei n 10.406**. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Brasília: Congresso Nacional.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1985.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. 3º Edição. Do Advogado, 2005.

FARIA, José. **Judicialização da política, ativismo judicial e tensões institucionais**. Revista Bindi: Cultura, Democracia e direito, v. 2, n. 3 (2023).

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, volume 6, 7^a. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Atlas, 2015.

FEITOSA, Raymundo; IVO, Jasiel. **Judicialização, Ativismo Judicial e o Flerte com o Arbítrio**. Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.3, n.70 p.792 -817, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

VIARO, Felipe A. Nani. **Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional**. Interpretação constitucional no Brasil / coordenação: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

A TENTATIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS REPRODUTIVOS NO BRASIL E OS RISCOS DE RETROCESSO LEGISLATIVO NA ÓTICA DE “O CONTO DA AIA”

Juliana Viana DIOGO¹
Rafaela Ribeiro SCALA²
Vladimir BREGA FILHO³

RESUMO

O presente estudo explora a instabilidade legislativa e as ameaças sociais aos direitos reprodutivos das mulheres no Brasil contemporâneo. Pautando-se na obra *O Conto da Aia*, de Margaret Atwood, como um espelho crítico para examinar como a instrumentalização de discursos morais e religiosos no cenário político pode se traduzir em violência de gênero de natureza institucional. A pesquisa, que adota uma abordagem interdisciplinar entre o Direito e a Literatura por meio do método de pesquisa bibliográfico, sublinha a relevância do Supremo Tribunal Federal como um obstáculo essencial contra a consolidação de um modelo de controle estatal sobre a autonomia feminina. A pesquisa, em sua totalidade, destaca os perigos de uma agenda conservadora na legislação e os impactos negativos da falta de representatividade feminina no poder.

PALAVRAS-CHAVES: Violência de Gênero. Literatura. Aborto. Direitos Reprodutivos.

ABSTRACT

This study explores legislative instability and social threats to women's reproductive rights in contemporary Brazil. It uses Margaret Atwood's work, *The Handmaid's Tale*, as a critical mirror to examine how the instrumentalization of moral and religious discourses in the political arena can translate into institutional gender-based violence. The research, which adopts an interdisciplinary approach between Law and Literature through the bibliographic research method, highlights the relevance of the Brazilian Supreme Federal Court as an essential obstacle against the consolidation of a model of state control over female autonomy. The research, in its entirety, underscores the dangers of a conservative agenda in legislation and the negative impacts of the lack of female representation in power.

KEYWORDS: Gender Violence. Literature. Abortion. Reproductive Rights.

INTRODUÇÃO

A partir da tramitação de projetos de lei e propostas de emenda constitucional que ferem garantias fundamentais historicamente conquistadas, o desgaste gerado às mulheres pela instabilidade legislativa traz o resultado de uma violência de gênero institucionalmente propagada por meio da dominação masculina não apenas por maioria de cadeiras no plenário, mas de forma

- 1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil. Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), financiado pela Fundação Araucária, sob orientação do Prof. Dr. Vladimir Brega Filho. E-mail para contato: juliana.diogo@discente.uenp.edu.br.
- 2 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil. Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), financiado pela Fundação Araucária, sob orientação do Prof. Dr. Vladimir Brega Filho. E-mail para contato: rafaela.scalea@discente.uenp.edu.br.
- 3 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Lisboa, Portugal. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail para contato: vladimir@uenp.edu.br.

simbólica (BALESTRO; GOMES). Nesse mesmo sentido, ao tratar da violência de gênero, as pesquisadoras Gabriela Soares Balestero e Renata Nascimento Gomes explicam que a dominação é tão prejudicial quanto a violência que se manifesta de forma física, porque esta é entranhada de forma tão “natural” que gera essa violência de gênero invisível.

A dominação masculina é munida de todos os instrumentos necessários para seu funcionamento. A palavra “simbólico”, no caso da dominação masculina, procura demonstrar que esta é tão ofensiva e perigosa quanto a violência física, pois é tão forte que não necessita de justificação ou coação, ela já se encontra inserida como uma predisposição natural do indivíduo (BALESTRO; GOMES, p. 48 apud BORDIEU, 2003)

Tais proposições violentas propagadas pelos legisladores, muitas vezes amparadas em discursos religiosos proferidos em plenário, têm como pano de fundo uma crescente onda conservadora que busca limitar, quando não revogar, direitos sexuais e reprodutivos. Revela-se alarmante esta conjuntura, diante do uso cada vez mais recorrente da religião como instrumento político de coerção moral, evocando paralelo desesperador com a distopia retratada na obra *O Conto da Aia*, de Margaret Atwood.

O presente trabalho, portanto, analisa os riscos de retrocessos legislativos e sociais que ameaçam os direitos reprodutivos e a proteção constitucional das mulheres brasileiras e, escolha desse objeto de estudo, justifica-se pelo atual contexto político brasileiro, no qual pautas regressivas ganham força institucional e se espalham de forma prejudicial às pautas legislativas, como um vírus com capacidade altamente contagiosa, especialmente quando se trata de temas abrangentes à autonomia das mulheres sobre seus próprios corpos, como ocorre na obra supracitada.

Nesse aspecto, a conexão entre o tema e obra literária não é inédita, a roupa característica é utilizada como forma de manifestação por direitos reprodutivos eficazes por todo o mundo (ATWOOD, on-line, 2018), como reconheceu a autora em entrevista ao *The Guardian* “O traje de aia foi adotado por mulheres em muitos países como um símbolo de protesto sobre várias questões relacionadas à requisição de corpos femininos pelo Estado” (ATWOOD, 2018, on-line, tradução nossa).

Por todo o globo, as manifestações protagonizadas por mulheres vestidas como as aias da ficção distópica — com vestidos vermelhos e toucas brancas — tornaram-se símbolo de resistência e denúncia contra tentativas legislativas que buscam subjugar os direitos femininos já consolidados. Este cenário descrito acende o alerta sobre o risco real de aproximação com o modelo autoritário de Gileade, onde o Estado controla o corpo feminino sob a justificativa de moralidade e proteção da vida.

Diante disso, o objetivo deste trabalho é investigar se o Brasil caminha rumo a um modelo institucional semelhante ao de Gileade e de que forma o Supremo Tribunal Federal, por meio de seu

ativismo judicial, tem se posicionado como barreira de contenção contra medidas legislativas que violam os direitos fundamentais das mulheres. A análise perpassa, portanto, não apenas as disputas legais, mas também os conflitos simbólicos e de sub-representatividade política que envolvem o corpo feminino como território de controle.

A metodologia empregada para tanto, nesta pesquisa, é de natureza qualitativa-quantitativa, com a abordagem exploratória e bibliográfica, adota ainda, uma perspectiva interdisciplinar entre o Direito e a literatura ficcional, utilizando a narrativa distópica de Atwood como lente crítica para comparar à realidade jurídico-política brasileira.

A partir dessa correlação crítica, busca-se evidenciar os perigos do discurso teocrático e moralista institucionalizado e as consequências da omissão ou conivência do legislativo frente à garantia de direitos fundamentais.

1. O CONTO DA AIA E AS CONQUISTAS HISTÓRICAS DOS DIREITOS REPRODUTIVOS E DE PROTEÇÃO DAS MULHERES NO BRASIL

A obra literária “O conto da Aia” (ATWOOD, 2017), da escritora canadense Margaret Atwood, retrata, por meio de um romance distópico, a sociedade de Gilead, uma teocracia totalitária implementada por meio de um golpe de estado realizado no atual território dos Estados Unidos, ocupando parcela significativa de sua extensão. Restando, apenas, as regiões pertencentes a costa oeste, a costa do Golfo e as áreas que estabelecem divisa com o Canadá, extensões estas que são consideradas rebeldes a política totalitária vigente, sofrendo conflitos diretos contra Gilead, enfrentando uma guerra civil, em busca de permanecer sob o controle do governo republicano dos Estados Unidos, e não submeter-se ao comando da teocracia.

O processo de construção de Gilead foi idealizado e executado por um grupo fundamentalista cristão denominado de “Filhos de Jacó”, com o intuito de combater uma crise de fertilidade mundial, foi desenvolvido o projeto de governo visando assegurar a capacidade reprodutiva das mulheres sob controle estatal. Assim, implementando o sistema de castas, uma divisão de papéis sociais aplicados à sociedade, de acordo com a interpretação governamental, embasada nas crenças pertencentes a religião aplicada em Gilead, referente aos atributos particulares de cada indivíduo. Tal formato sistêmico teve a sua formulação partindo do versículo bíblico presente em “Gênesis 30:1–3”, que diz:

Quando Raquel viu que não dava filhos a Jacó, teve inveja de sua irmã. Por isso disse a Jacó: ‘Dê-me filhos ou morrerá!’ Jacó ficou irritado e disse: ‘Por acaso estou no lugar de Deus, que a impediu de ter filhos?’ Então ela respondeu: ‘Aqui está Bila, minha serva. Deite-se com ela, para que tenha filhos em meu lugar e por meio dela eu também possa formar família’. (BÍBLIA, Gênesis 30:1–3)

Sua ascensão ao poder foi consequente a uma sequência de atos organizados, iniciado com

a disseminação silenciosa de ideias extremistas conservadoras na sociedade estadunidense, suas crenças eram baseadas na subordinação das mulheres, a centralidade da família e a rejeição das liberdades modernas. Entretanto, suas ações diretas apenas tiveram início com a morte do presidente vigente nos Estados Unidos, em decorrência a um golpe armado, realizado pelos “Filhos de Jacó”, que futuramente responsabilizaram grupos extremistas islâmicos. Em decorrência ao falecimento do presidente, houve o fechamento do Congresso Federal, declarando estado de emergência, possibilitando a suspensão da constituição e a assunção de controle do governo.

A despersonalização das mulheres em Gilead emerge na obra como um ponto central para a caracterização da distopia, que recebe seu direcionamento através da narração de Offred, uma aia que recebe tal nome após ser destinada a residência de Fred Waterford, um dos comandantes do governo teocrata. A titulação das aias era definida a partir do nome do comandante a quem eram destinadas, formada a partir do uso do prefixo “*of*” da língua inglesa, que significa “de”, somado ao nome do proprietário da casa. A anulação do nome civil das mulheres evidencia a retirada da personalidade jurídica da figura feminina, ao associarmos a ficção com a realidade, podemos apontar a infração a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que em seu artigo 6º afirma:

Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei. (ONU, 1948, art. 6)

A divisão social em castas foi desenvolvida exclusivamente para a organização das funções femininas na sociedade distópica, em primeiro plano, a autora insere as aias, mulheres férteis consideradas pecadoras para as crenças de Gilead, suas vestes são majoritariamente vermelhas para simbolizar a fertilidade, seus delitos eram variados e criminalizados após a implementação do novo governo, como o caso da protagonista Offred, sua sentença foi destinada em vista de seu casamento, pois seu marido na trama, Luke, era um homem divorciado, tal fato, que previamente considerado atípico, tornou-se criminoso, configurando Offred em uma adúltera, obrigando-a a servir ao papel de aia. As aias possuíam função reprodutora, sendo destinadas às residências dos comandantes que ainda não haviam concebido um filho, para que assim engravidassem.

No entanto, o comandante apenas possuía o direito de tocar uma aia em uma data específica, denominada de “A Cerimônia”, momento este que ocorria uma vez ao mês, no período em que a aia encontrava-se mais fértil. Durante o procedimento, a aia deve permanecer entre as pernas da esposa, enquanto é estuprada pelo comandante. O ato, não criminalizado perante o governo de Gilead, configura-se ao crime de estupro, perante o sistema penal brasileiro, previsto no artigo 213, do Código Penal (BRASIL, 1940), em que impõe: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique

outro ato libidinoso”. Isto posto, as violações exercidas para com as aias estavam além de apenas infrações aos direitos humanos e fundamentais inerentes à pessoa humana, a despersonalização da mulher retratada na obra infringia normas penais e éticas.

Em seguimento, a casta das esposas é detida como a maior depositária de privilégios dentre todas, ainda sim, sua liberdade e seus direitos são completamente cerceados. As esposas são mulheres casadas com os comandantes, esta união pode ter se estabelecido em momento anterior ao novo governo, utilizam a cor azul-petróleo em suas vestes, sua função central é administrar a residência e o trabalho das Marthas. Por sua vez, as Marthas são mulheres inférteis, mais velhas ou solteiras que não cometeram nenhum comportamento considerado delituoso por Gilead, sua responsabilidade é realizar as funções domésticas para os comandantes, de forma não remunerada, são privadas de estabelecerem um relacionamento com outros indivíduos e utilizam roupas da cor verde.

Além das três castas supracitadas, Atwood apresenta também as Econoesposas, mulheres casadas com homens de classes mais baixas, a elas são atribuídas vestes listradas de vermelho, azul e verde, representando a dever de cumprir as funções das aias, esposas e marthas simultaneamente. A última casta é denominada de Não Mulheres, sua constituição baseia-se em mulheres que enfrentaram o sistema ou não se adequaram a ele, como ativistas dos direitos humanos, divorciadas, adúlteras feministas, lésbicas e aias que passaram por três residências de comandantes e não geraram uma criança. As Não Mulheres são enviadas para as Colônias, campos com concentração de poluição e lixo tóxico, localizadas centro-oeste e sudoeste antigo território dos Estados Unidos. Caso não enfrentem o destino das Colônias, as Não Mulheres podem ser executadas, condenadas ao “Salvamento”, termo utilizado para referir-se a uma punição pública, em que após a execução, o corpo da vítima é exposto para os demais indivíduos. Tal ato é descrito por Offred na página 54 da obra:

Ao lado da entrada do portão principal há mais seis corpos pendurados pelo pescoço, com as mãos amarradas na frente, a cabeça enfiada em sacas brancas caídas para o lado sobre o ombro. Deve ter havido um Salvamento de Homens hoje cedo de manhã. Não ouvi os sinos. Talvez tenha acabado por me acostumar a eles. (ATWOOD, 2017, p. 54)

Em Gilead, a interligação entre o sistema jurídico, o patriarcado e a teocracia resulta na quase total anulação dos direitos das mulheres, criando um regime de opressão institucionalizada. A supressão do status moral e jurídico das mulheres é uma extensão direta da despersonalização, reduzindo-as a funções biológicas. A autonomia reprodutiva é completamente eliminada, e a gravidez se torna uma obrigação legal e social para as Aias, além disso, o aborto passou a ser completamente criminalizado, refletindo a falta de liberdade feminina sobre seus próprios corpos. Nesta ótica, o conceito desenvolvido por Simone de Beauvoir, em seu trecho "Ninguém nasce

mulher: torna-se mulher" (BEAUVOIR, 1960, p. 32), a respeito da constituição social da figura feminina e de seus papéis na sociedade, encontra em Gilead sua mais cruel inversão, enfrentando uma realidade em que a mulher reduzida às suas capacidades reprodutivas, enfrenta a violação absoluta da dignidade da pessoa humana, prevista pelo Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

1.1. Marcos Legais na Proteção à Mulher

As conquistas legais femininas no Brasil estão em constante movimento, os desafios e a violência de gênero institucionalizada ainda estão intrinsecamente presentes em nossa estrutura governamental, entretanto, a batalha ininterrupta das mulheres brasileiras vem obtendo êxito em suas demandas. A princípio, podemos apontar a evolução constitucional ao estabelecer a definição do indivíduo cidadão, de maneira que, homens e mulheres apenas foram equipados em suas formas de cidadania na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso I:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
(BRASIL, 1988)

O reconhecimento da igualdade jurídica entre os gêneros em uma sociedade matrimonial apenas foi reconhecido no Código Civil de 2002, em seu art. 1.511, dissertando: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” (BRASIL, 2002), assim, revogando o artigo 233 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), o antecessor do código vigente, que direcionava ao homem a garantia de chefe da sociedade conjugal, estabelecendo um relação de superioridade patriarcal.

É notável que, em eras pretéritas, como atestam as Ordenações Filipinas (PORTUGAL, 1603, liv. 5, tit. 39), um conjunto de normas vigoradas em Portugal e no Brasil colônia entre os anos 1603 a 1830, entretanto, em âmbito civil permaneceram até o ano 1916, em que foram revogadas pelo Código Civil de 1916, a legislação brasileira chegava a legitimar a violência letal contra mulheres adúlteras, um triste reflexo de uma subjugação secular. Contudo, a partir da efervescência político-social do final do século XX, as pautas a respeito dos direitos da mulher ascenderam com notória visibilidade nas esferas sociais, trazendo consigo a conquista de novos direitos, e a implementação de novos conjuntos normativos, como a Constituição Federal de 1988.

A pauta dos direitos sexuais e reprodutivos, impulsionada por conferências globais, concebidas pela Organização das Nações Unidas (ONU), como a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo (1994), responsável por discutir a respeito

da população mundial e a saúde reprodutiva, e “IV Conferência Mundial sobre a Mulher”, em Pequim (1995), centralizando o seu foco em pautar a respeito de igualdade de gênero, configuraram-se em mecanismos fundamentais para o combate de retrocessos legislativos dos direitos femininos, na atuação desses movimentos, que incansavelmente resistem a propostas de retrocesso legislativo, como o exemplo do PL 261/2019, que encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, visa proibir o comércio, propaganda, implantação e distribuição pela rede Pública de Saúde de medicamentos que possam induzir um aborto, consistem, majoritariamente, em métodos não cirúrgicos e com efeito nos períodos iniciais da gravidez.

Sob esta ótica, a supressão da autonomia feminina retratada por Atwood em "O Conto da Aia", enfatiza a necessária vigilância e demanda por um engajamento contínuo por parte da sociedade como um todo, para a manutenção e a ampliação dos direitos das mulheres. A Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (Viena, 1993) reconheceu formalmente a violência contra a mulher como uma das formas de violação dos direitos humanos, enquadrando, também, em um problema de saúde pública. Desse modo, a persistência de elevadas taxas de feminicídio e violência contra a mulher, como evidenciado por dados do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2025), apontando um aumento na taxa de casos de feminicídio em 2024 de 225%, em comparação com 2020, reforça que a busca por uma sociedade justa e equitativa é uma tarefa incessante. Assim sendo, as advertências da ficção distópica de Atwood continuam a servir como um espelho e um alerta constante para os desafios ainda presentes na realidade brasileira.

1.2. Direitos Reprodutivos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Os direitos reprodutivos consistem na garantia da liberdade de escolha das mulheres a respeito de como ou se irão gestar uma criança, através do acesso público a informações sobre o tema, métodos contraceptivos e serviços de saúde. A formação do sistema jurídico brasileiro, em todas as suas faces, apresenta uma repressão ao aborto e a mecanismos, que de certa forma, caracterizam-se como abortivos. O Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940), em seu artigo 124, prevê a criminalização, com pena de reclusão de até três anos, para o ato do aborto:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena - detenção, de um a três anos. (BRASIL, 1940)

Contudo, o texto normativo, por meio do artigo 128 (BRASIL, 1940), prevê exceções restritas a ilicitude do ato, permitindo a interrupção da gravidez em duas espécies, o aborto necessário, quando é o único meio de salvar a vida da gestante, e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, nesta condição, a retirada do feto é permitida com o consentimento da gestante, ou em caso de menoridade, dos responsáveis, ou em casos de anencefalia fetal. Referente

a interpretação do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW, ONU), o aborto é um tópico conflituoso, contudo, para aqueles que configuram-se na reserva legal, o direito a interrupção da gestação deve ser garantido.

Por sua vez, o Brasil, em janeiro de 2023, anunciou a sua retirada do Consenso de Genebra sobre a Saúde da Mulher e o Fortalecimento da Família, um documento internacional que institui a promoção de ações asseguradoras da saúde feminina e priorização da figura familiar. O texto impõe a demanda intitulada a funcionários públicos da área da saúde de efetuar denúncia às autoridades competentes em casos de realização de aborto por órgão público. A saída do Brasil deste consenso, de certo modo, retrata uma pequena evolução na concepção institucional a respeito dos direitos reprodutivos femininos, fortalecendo a garantia da aplicação devida da norma permissiva.

A persistência da criminalização do aborto, não age de modo a controlar a realização de abortos na sociedade. Em maio de 2024, a Organização Mundial da Saúde (OMS), por meio de seu portal digital, divulgou que em média 73 milhões de abortos induzidos são realizados todos os anos, em contrapartida, estima-se que, nos anos de 2010 a 2014, 45% dos abortos induzidos não foram realizados de modo seguro. Sob este viés, podemos observar que a ilicitude do ato, não o impede de ocorrer, mas direciona a população a busca de meios clandestinos de realizá-lo.

2. A VIOLÊNCIA DE GÊNERO INSTITUCIONALIZADA NO BRASIL E O RISCO DE RETROCESSO

De autoria padresca, após a reabertura política com o fim do Estado Novo de Getúlio Vargas (1937-1945), o primeiro projeto de lei que coibia a interrupção da gravidez de forma integral - sem os excludentes de ilicitude - foi apresentado em 1949 ao Congresso Nacional pelo ex-deputado federal monsenhor Arruda Câmara, do Partido Democrata Cristão de Pernambuco, que dizia defender os interesses da moral católica brasileira, supostamente violada pelo Código Penal de 1940 ao respaldar o aborto nos casos de gravidez por estupro e com irremediável risco de vida para a gestante, previstos há 85 anos nos incisos I e II no artigo 128 do referido diploma legal.

Neste ponto, apesar da primeira mulher a ser eleita deputada federal ter tentado a reeleição em 1945, Carlota Pereira de Queirós não conseguiu retornar ao Congresso após o fim do período ditatorial de Vargas, contra o qual democraticamente tanto lutou.

Portanto, cabe ressaltar que nenhuma mulher foi eleita para compor as cadeiras do Congresso Nacional durante a legislatura de 1946 a 1950, quando a pauta “aborto” chegara pela primeira vez à Câmara.

Apesar do projeto não ter sido ao menos debatido pelos parlamentares na Câmara naquele tempo, sendo diretamente arquivado, abria-se um precedente deste tópico que, desde então, é alvo

das bancadas religiosas no Congresso Nacional.

Assim, ao analisar o arquivado Projeto de Emenda Constitucional n.º 25/1995 proposto pelo ex-deputado federal Severino Cavalcanti - que em sua ementa garantia “definitivamente a inviolabilidade do direito à vida, desde a sua concepção” - elucida Maria Isabel Baltar da Rocha sobre os atuantes da pauta reprodutiva:

Mas a sua apresentação e a discussão por ela gerada refletem o debate que vem ocorrendo na sociedade brasileira acerca deste polêmico tema refletem particularmente a discussão política que vem se realizando no Congresso Nacional desde o fim dos anos 40- acentuada a partir da década de 80 e especialmente nestes primeiros anos da década de 90 - bem como a participação dos atores políticos e sociais envolvidos na discussão. Estou falando da Igreja Católica, de segmentos da categoria médica, do movimento feminista e de religiosos evangélicos aqui citados por ordem de entrada neste debate. (ROCHA, 1996, p.1)

Além disso, a psicóloga e pesquisadora Dra. Margareth Arilha, expôs que até a década de 70 o debate sobre o aborto fora monopolizado pelos homens, em suas palavras: “Não se permitia a participação da mulher. Ela era mantida numa condição de submissão e como um ser não portador de direitos e, sobretudo, de desejos. O patriarcado era ainda mais forte e hegemônico do que é hoje” (WESTIN, 2024, on-line).

Ou seja, a bancada religiosa não era o único impasse à conquista de direitos reprodutivos plenos. A falta de representatividade político-parlamentar feminina era ponto fundamental para a propagação dessas violências de gênero institucionalizadas no legislativo transmitidas diretamente ao processo legislativo brasileiro.

Ademais, no dia 8 de março de 1977, durante a abertura democrática do governo ditatorial de Ernesto Geisel (1974-1979), o Congresso Nacional foi reunido para debater a situação da mulher sob os aspectos econômico, político, jurídico, social e cultural por meio de Comissão Mista Parlamentar de Inquérito.

Outrossim, além dos 22 parlamentares constituídos para a discussão - Senadores Nelson Carneiro Franco Montoro Rocha (Presidente), Catete Pinheiro, Milton Cabral, Augusto Franco, Jarbas Passarinho, Heitor Dias (Vice-Presidente), João Calmon, Otto Lehmann, Accioly Filho; e Deputados Federais Emanuel Waisman, João Menezes, Sérgio Murilo, Rubem Dourado, Pacheco Chaves Inocêncio Oliveira, Lygia Lessa Bastos (Relatora), Cid Furtado, Leur Lomanto, Angelino Rosa, Theobaldo Barbosa -, a CPMI contou com a participação de 39 depoentes, um grupo de profissionais mulheres atuantes nas mais diversas áreas, no entanto, tinham um objetivo em comum:

As depoentes não reivindicaram nenhum privilégio do tipo de proteções, aposentadorias antecipadas e isenções. Psicólogas, advogadas, juristas, professoras, artistas, esportistas, escritoras, jornalistas, sociólogas, engenheiras, deputadas estaduais, todas elas pediram as mesmas coisas: **igualdade de direitos e de deveres**. (BEMFAM, 1977, grifo nosso, p. 5)

No informativo elaborado pela Sociedade Civil Bem-estar Familiar no Brasil (BEMFAM) a respeito da “CPI da Mulher”, como foi apelidada, é apresentada a situação do relatório enviado ao Poder Executivo foi elaborado pela Deputada Federal Ligia Lessa Bastos (ARENA-RJ), que, apesar de ser eleita pelo partido historicamente mais conservador no período ditatorial, era a única parlamentar feminina que compunha a comissão mista (deputados federais e senadores), o que evidencia a monopolização do poder legislativo à esfera de decisões do olhar masculino exposta por Margareth Arilha.

Diante de todos os assuntos, a maioria das depoentes teve uma atitude aberta, desprovida de falso moralismo e atuante. Foram favoráveis ao planejamento familiar, ao aborto, ao divórcio, ao serviço cívico feminino, à aposentadoria igual para homens e mulheres, à atuação da mulher na vida político-partidária e nos sindicatos. Tomaram posição contra os artigos do Código Civil que obriga a virgindade feminina e discrimina a mulher nas relações de família. O relatório final da CPI da mulher foi preparado pela deputada carioca Ligia Lessa Bastos, a única no Congresso. São 134 páginas com um resumo dos 38 depoimentos e 11 recomendações e sugestões, que após aprovadas no Plenário, deverão ser encaminhadas ao Poder Executivo. (BEMFAM, 1977, p. 1)

Por fim, o relatório da parlamentar concluía que, por motivos religiosos de pensamento majoritário e autoral, não seria possível conceder o arbítrio do aborto à gestante. No entanto, afirmou que outros países vinham discutindo a amenização da prática em suas respectivas legislações, como o Canadá, que na época permitia a prática do aborto terapêutico (aquele para salvar a vida da gestante ou que impedisse riscos iminentes à sua saúde), mas continuava criminalizando outras hipóteses sem previsão legal - fato este citado que foi declarado inconstitucional em 1988 pela Suprema Corte Canadense ao tornar legal a descontinuidade da gestação - e sem aprovação do comitê médico.

A esta Relatora, por suas convicções religiosas, repugna a legalização do aborto, como tese. No entanto, tem que se pensar de modo não preconceituoso em face de uma motivação como a eugenésica, que se agregou rapidamente à legislação sueca, em 1963, para se interromper os efeitos sabidos da talidomida sobre o feto; ou em casos como o do engravidamento de uma criança ou de uma débil mental. Enfim como representantes do povo brasileiro, devemos acompanhar com atenção as experiências que, nas principais Nações, estão em curso para encontrar a melhor solução da Lei em face do aborto. (BASTOS, 1977, pp. 1260-1261)

Concluiu-se, ao final do tópico, portanto, que a legislação do aborto estaria em constante evolução internacional e que o Brasil deveria espelhar-se nessas mudanças para formar seu entendimento legal acerca do assunto e, apesar de usar expressões preconceituosas em desuso na comunicação atual, a relatora Ligia Lessa Bastos concordou com as aplicações suecas da década de 60 nas hipóteses exclusoras de ilicitude do aborto realizado em crianças e deficiente intelectuais, também em casos de uso de medicamento que causava má-formação do feto (talidomida).

2.1. A Sub-representação Feminina na Política Brasileira e a Sociedade de Gileade

Mesmo com a supracitada recomendação da Casas⁴ acerca da flexibilização legislativa — conforme a evolução do pensamento global de potências jurídicas com democracias consolidadas e altos índices de desenvolvimento humano (IDH) —, a luta feminista pela garantia de direitos fundamentais das mulheres brasileiras à livre escolha reprodutiva continua e não tem previsão de fim.

Desde as eleições de 2022, segundo dados fornecidos pela Câmara e pelo Senado, temos a maior porcentagem de mulheres no Legislativo. A representação feminina soma aproximadamente 18% do Congresso Nacional, com 91 deputadas federais e 16 senadoras. Esse avanço, porém, ainda está aquém da realidade populacional brasileira. De acordo com o Censo Demográfico de 2022, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), as mulheres representam 51,5% da população do país e, segundo levantamento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), divulgado pela Agência Brasil, esse número se reflete também no eleitorado: aproximadamente 81,8 milhões de eleitoras, correspondendo a 52,47% de todos os eleitores brasileiros.

Apesar dessa maioria numérica, a sub-representação feminina nos espaços de poder revela um desequilíbrio estrutural que remonta a concepções patriarcais profundas — algo ilustrado de forma radical na ficção distópica de Gileade. Naquele regime, a administração era composta exclusivamente por homens, enquanto às mulheres era reservado apenas o papel reprodutivo. O projeto político operante baseava-se na despersonificação da figura feminina, inserindo-as em castas que ditavam suas funções sociais, como ter filhos, administrar o lar dos generais ou cuidar dos homens — atribuições direcionadas à manutenção do bem-estar e da segurança da governança exclusivamente masculina.

A discussão sobre a presença feminina em cargos de poder seria inconcebível em Gileade, onde o direito à liberdade das mulheres foi revogado a ponto de estas não poderem sequer decidir sobre sua vida ou morte. A participação política era inexistente, e a anulação de seus direitos foi previamente pactuada entre os generais. A figura de Serena Joy exemplifica esse processo: foi fundamental para a formação estatal, mas descartada assim que o sistema se consolidou, sendo relegada à casta das esposas dos comandantes. Isso demonstra a demanda por participação feminina como estratégia instrumental de construção do Estado, mas também o descarte imediato de sua presença administrativa quando já não era mais conveniente. Os generais reconheciam as mulheres como necessárias para o funcionamento do sistema, mas jamais aceitavam a possibilidade de vê-las ocupar uma posição de igualdade no poder.

4 O Congresso Nacional, órgão do Poder Legislativo, corresponde à união das duas casas: o Senado Federal e a Câmara dos Deputados.

2.2. Os Protestos das Aias e o Ativismo Judicial como Esperança

Em diversas partes do mundo, o uso do traje vermelho com touca branca — inspirado na obra *The Handmaid's Tale* (O Conto da Aia) — tornou-se símbolo de resistência feminista contra políticas que violam os direitos das mulheres, especialmente os direitos reprodutivos.

Nos Estados Unidos, por exemplo, um dos episódios mais emblemáticos ocorreu em 23 de julho de 2018, quando cem mulheres protestaram nas ruas da Filadélfia, na Pensilvânia, vestidas de aias. O ato ficou conhecido como “The Handmaid's Protest” e teve como alvo a visita do então vice-presidente Mike Pence, realizada durante o processo de indicação do juiz Brett Kavanaugh à Suprema Corte dos EUA por Donald Trump.

A nomeação de Kavanaugh por Trump foi posteriormente associada à derrubada da histórica decisão *Roe v. Wade*, que desde 1973 garantia o direito constitucional ao aborto nos Estados Unidos. A decisão que derrubou a *Roe v. Wade* ocorreu em 2022, quando se decidiu no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* que a Constituição americana não garantia o direito ao aborto.

Amplamente considerada um retrocesso, não apenas nos EUA, mas também como sinal de alerta global, dada a influência internacional da jurisprudência como referência legal na proteção dos direitos reprodutivos, o protesto, porém, não foi o primeiro a usar a obra de Margaret Atwood como defesa de direitos femininos, já que, antes mesmo dessa revogação, o traje de aia já havia sido incorporado por movimentos de mulheres em outras partes do mundo.

Na Croácia, em fevereiro de 2018, ativistas adotaram a vestimenta em protesto contra a omissão do governo em ratificar a Convenção de Istambul, que trata da prevenção da violência de gênero e doméstica. A ratificação veio a ocorrer dois meses depois, em abril daquele ano.

Na América Latina, o símbolo feminista também ganhou força. Em julho de 2018, diante da rejeição do Senado argentino — então de maioria conservadora — à legalização do aborto, manifestantes combinaram os tradicionais lenços verdes com os trajes de aia para pressionar pela aprovação da pauta, que viria a se concretizar em 2020 com a legalização até a 14ª semana de gestação.

Já em maio de 2018, ativistas utilizaram a estética da série para protestar contra leis restritivas ao aborto, em atos que ocorreram tanto em Belfast quanto em Dublin, este último às vésperas do referendo que resultou na revogação da proibição constitucional do aborto na Irlanda.

No Brasil, a simbologia ganhou destaque pela primeira vez entre os dias 3 e 6 de agosto de 2018, durante as audiências públicas promovidas pelo Supremo Tribunal Federal para discutir a descriminalização do aborto. As manifestantes utilizaram os trajes rubros inspirados na República de Gileade para denunciar o controle estatal sobre os corpos femininos e exigir o reconhecimento

do direito à autonomia reprodutiva (FIGURA 1).



Figura 1 - Ativistas se vestem de aias em protesto pela descriminalização do aborto e posam em frente ao STF. Fonte: G1, Fotógrafa Marília Marques (2018, on-line).

Nos últimos anos, o STF tem agido diretamente na defesa dos direitos fundamentais protegidos no rol do art. 5º da CF/88 quando negligenciados nas discussões parlamentares do Congresso Nacional. Em 2018, ao ser entrevistada, a Dra. Margareth Arilha foi questionada sobre a atuação do STF acerca da ADPF 442, quando disse: “você tenta pela lei e não dá, você tenta pelo Executivo e não dá, você tenta pela tecnologia e não dá. Bom, então, o que sobra? Sobra o STF”.

A discussão jurídica sobre o aborto no Brasil chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) pela primeira vez em 2004, com o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS). A ação solicitava a legalização da interrupção da gestação em casos de anencefalia fetal, e somente em 2012 o STF julgou procedente o pedido, autorizando o procedimento nessas situações. Ainda em 2012,

Posteriormente, em 2016, o Superior Tribunal de Justiça estendeu o entendimento do STF, reconhecendo que o aborto também poderia ser admitido nos casos de malformações fetais incompatíveis com a vida extrauterina, consolidando um avanço jurisprudencial sobre o tema. No mesmo ano, em novembro, o STF revogou a prisão preventiva de cinco médicos e funcionários acusados de atuação em uma clínica de aborto, o que gerou esperança para o caminho da descriminalização da prática.

No ano seguinte (2017), o Partido Socialismo e Liberdade ajuizou a ADPF 442, que questiona a criminalização do aborto voluntário nas 12 primeiras semanas de gestação. A ação alega que a proibição fere princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, os direitos sexuais e reprodutivos, bem como os direitos à liberdade e à igualdade. Apesar de sua relevância e da audiência pública ter sido realizada em 2018, a ADPF 442 só foi incluída na pauta do STF em 2023.

Como resposta ao pedido do PSOL, em 2019, o Senado Federal desarquivou a Proposta de Emenda à Constituição n.º 29/2015, que visava alterar o artigo 5º da Constituição para adicionar a "inviolabilidade do direito à vida desde a concepção" em seu caput. Essa alteração abriria margem para a revogação das exceções legais atualmente permitidas para o aborto no país (em casos de estupro, risco à vida da gestante e anencefalia). A proposta, felizmente, foi arquivada novamente em 2022.

No âmbito do Poder Executivo, em 2020 (durante o governo do ex-presidente Jair Bolsonaro), o Ministério da Saúde editou uma portaria que obrigava os profissionais de saúde a notificarem a polícia em todos os casos de aborto legal, inclusive os decorrentes de violência sexual. Esta norma também previa a obrigatoriedade de apresentação das imagens do ultrassom fetal à gestante antes da autorização para o procedimento, porém, a repercussão negativa levou à revogação desta parte da portaria pouco tempo depois, e o texto integral acabou sendo revogado em janeiro de 2023 com o término do mandato do ex-presidente e a ascensão do governo Lula (2022 - atualmente).

Em setembro de 2023, a ministra Rosa Weber, então presidente do STF, pautou o julgamento da ADPF 442, pouco antes de sua aposentadoria e, em seu voto, a ministra destacou que não há consenso, nem na ciência, nem na filosofia, na religião ou na ética, sobre o momento exato em que se inicia a vida. Para ela, sustentar a proteção absoluta da vida desde a concepção não encontra respaldo jurídico no modelo constitucional brasileiro. O Estado, segundo Rosa Weber, possui interesse legítimo na proteção do nascituro, mas essa proteção não pode anular, de forma automática, outros direitos fundamentais igualmente garantidos, como os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, reconhecidos tanto na legislação interna quanto nos tratados internacionais de direitos humanos.

Ainda em seu voto, Rosa Weber rejeitou a noção de que o aborto possa ser visto como uma decisão leviana ou moralmente condenável. Ao contrário, afirmou que a criminalização da prática, com punição penal, viola o princípio da proporcionalidade, mostrando-se "irracional do ponto de vista da política criminal, ineficaz do ponto de vista social e inconstitucional sob a ótica jurídica" (WEBER, 2023).

Apesar de seu próprio voto favorável à descriminalização, o julgamento foi suspenso por pedido de destaque do ministro Luís Roberto Barroso, atual presidente da Corte desde a aposentadoria de Rosa Weber, sob o argumento de que o debate ainda não estaria amadurecido na sociedade brasileira.

Acerca do ativismo judicial praticado pelo Supremo e tão criticado pela camada legislativa, Rosa Weber ressaltou a função constitucional do Poder Judiciário em proteger os direitos

fundamentais, inclusive das minorias, diante de omissões do Legislativo ou de eventuais ameaças a esses direitos, enfatizando que, embora não caiba ao STF legislar ou implementar políticas públicas, cabe à Corte promover o diálogo institucional por meio de instrumentos como audiências públicas e técnicas decisórias que estimulem a conversação democrática com os demais poderes.

2.4. O “PL do Aborto” e os Riscos de Retrocesso

No Legislativo, como reação aos votos dos ministros da Corte, o Projeto de Lei n.º1904/2024, também chamado de “PL do aborto”, foi elaborado pelo deputado federal Sóstenes Cavalcanti (PL/RJ) e, em seu texto original, visa alterar o Código Penal ao adicionar alguns parágrafos, sendo dois deles ao artigo 124, um parágrafo único ao artigo 125, acrescentar um segundo parágrafo ao artigo 126, e adicionar um parágrafo único ao artigo 128.

Em primeiro ponto, o artigo 124 do Código Penal descreve o crime de aborto com o consentimento da gestante, sendo este praticado pela própria gestante ou por terceiro, mas, neste artigo em específico o crime tipificado é de mão-própria, pois visa atingir apenas a gestante que teria consentido para que fosse realizado o procedimento de retirada da vida humana intrauterina. Para este crime em questão, o Projeto de Lei atua ao adicionar os dois parágrafos que seguem:

Art.2º O art.124 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:"

“§ 1 Quando houver viabilidade fetal, presumida em gestações acima de 22 semanas, as penas serão aplicadas conforme o delito de homicídio simples previsto no art. 121 deste Código”.

“§ 2 O juiz poderá mitigar a pena, conforme o exigirem as circunstâncias individuais de cada caso, ou poderá até mesmo deixar de aplicá-la, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (PL n.º 1.904/2024, p.1)

Introduz-se, no primeiro parágrafo, a questão das 22 semanas de gestação que se dá pelo seguinte fato: em maio de 2024, o Supremo Tribunal Federal passou a analisar a validade da Resolução nº 2.378/2024 do Conselho Federal de Medicina, que proíbe o uso da assistolia fetal (procedimento em que o médico, ao injetar cloreto de potássio, paralisa voluntariamente o coração do feto) em procedimentos de aborto legal após 22 semanas de gestação, inclusive em casos decorrentes de estupro. O relator da ação, ministro Alexandre de Moraes, votou pela suspensão imediata da norma, argumentando que o CFM extrapolou sua competência normativa e invadiu a esfera de direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Em seu voto, destacou que a resolução viola o direito à saúde da mulher, além de contrariar dispositivos legais que permitem o aborto nas determinadas hipóteses.

Além disso, no projeto o artigo 124 do Código Penal passa a incluir a possibilidade de o juiz, considerando as circunstâncias pessoais do caso concreto, reduzir a pena ou até mesmo deixar

de aplicá-la, caso entenda que a sanção não é necessária - de forma que, ao concordarmos com este parágrafo, deve-se considerar a plena eficiência do protocolo de julgamento com perspectiva de gênero publicado pelo CNJ em 2021, cuja realidade fática não condiz à utopia.

As modificações propostas para os parágrafos nos artigos 125 e 126 seguem a mesma lógica do §1º do artigo 124 e incluem a equiparação da prática do aborto, quando realizada após a 22ª semana de gestação, ao crime de homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal. Esse marco temporal de 22 semanas é justificado pela noção de viabilidade fetal, momento em que o feto passa a ter potencial de sobrevivência fora do útero (CAVALCANTE, 2024).

Durante a metade de 2024, o projeto foi aprovado para tramitação plenária com regime de urgência, ou seja, poderá ser votado diretamente em plenário pelos parlamentares, sem antes precisar passar pelas comissões temáticas da Câmara dos Deputados. Desde então, o PL do aborto aguarda despacho do Presidente da Câmara Arthur Lira para avançar, bastando sua inserção na pauta temática do plenário para ser julgado.

Após aprovar o regime de urgência de forma relâmpago em 12 de junho de 2024, o deputado enfrentou forte reação da sociedade civil, da mídia e de especialistas em direitos humanos. Entre as reações contrárias, destacam-se os protestos realizados com o manto de Gileade, remetendo mais uma vez esta violência institucionalizada à sociedade distópica de Margareth Atwood (FIGURA 2).



Figura 2 - Estética de protestos contra PL 1904/2024 é inspirada na série "O Conto de Aia". Fonte: Brasil de Fato, Cristiane Sampaio (2024, on-line).

Além das protestantes vestidas de aias que manifestaram seu descontentamento com a decisão do presidente Arthur Lira, frente à Câmara dos Deputados, no dia 19 de junho de 2024, Santa Alves se uniu às manifestações para defender a interseccionalidade da luta negra a favor da descriminalização do aborto, afirmando que as mulheres não querem voltar à Idade Média com este projeto de lei:

Militantes do movimento negro também ajudaram a engrossar o coro contra o PL 1904. A aposentada Santa Alves, integrante da União de Negras e Negros pela Igualdade (Unegro), chama a atenção para o fato de o segmento ser mais penalizado no cenário dos abortos ilegais. "A gente sabe que a maioria das meninas que morrem por aborto é negra. Isso é estatístico. Então, estamos aqui para apoiar esse movimento e dizer 'não' a esse retrocesso. Não queremos voltar à Idade Média, quando as mulheres eram queimadas por terem posição diferente." (BdF, 2024, on-line)

A criminalização do aborto tem cor definida. As supostas estatísticas apontadas pela aposentada em sua fala são alvo da pesquisa realizada por Debora Diniz, Marcelo Medeiros, Pedro H. G. Ferreira de Souza e Emanuelle Goés, que coletou dados de 2016, 2019 e 2021 acerca da interseccionalidade de aborto e raça no Brasil por meio da Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), elucida abaixo a porcentagem de mulheres negras que já cometeram aborto ser 3,48% maior que a prática de abortos por mulheres brancas:

O conjunto de resultados aponta uma diferença racial na população, com o aborto sendo mais comum entre as mulheres negras (pretas e pardas) do que entre as mulheres brancas. Entre as mulheres negras de todas as idades a probabilidade de ter feito um aborto é de 11,03% ao passo que entre as mulheres brancas é de 7,55%, cálculo realizado com a combinação e reponderação das PNA. (DINIZ; MEDEIROS; SOUZA; GÓES. 2023)

Cabe destacar que, segundo o site da Casa, cerca de 20 novos projetos de lei sobre o tema “aborto” foram protocolados na Câmara dos Deputados desde o projeto de lei do deputado Sóstenes Cavalcante.

Essas novas proposições legislativas evidenciam uma tendência crescente de endurecimento das normas sobre aborto no Congresso Nacional. De acordo com dados levantados pelo Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFemea), existem atualmente 98 projetos tramitando no Parlamento que visam restringir ainda mais o acesso ao aborto legal no Brasil e retrocede historicamente a legislação anteriormente conquistada pela luta feminista, como aponta a integrante do Centro Feminista, Clara Wardi, para a Rádio Câmara:

Há projetos que visam aumentar a pena para o aborto, que são os projetos punitivistas; há projetos que visam restringir o aborto legal, tentam retroagir com as prerrogativas; os que visam criar barreiras para o acesso ao aborto legal, demandando algum documento que não é necessário hoje; e os que visam passar desinformação sobre o aborto legal (WARDI, 2024, on-line)

Em meio ao retrocesso instaurado pelo PL, em novembro de 2024 a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJ) aprovou a admissibilidade de PEC n.º 164/2012, que garante a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção no caput do

artigo 5º da Constituição Federal, assim como a PEC n.º 29/2015 retromencionada.

Ao adicionar esta proteção ao embrião desde a sua concepção (fusão dos gametas) ao rol de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, proibiria o aborto nas três hipóteses atualmente legalizadas (anencefalia fetal, decorrência de estupro e risco iminente à vida da gestante), o que cria um conflito de direitos da gestante (pessoa que já é) e do embrião (pessoa em potencial), pois, proibindo as hipóteses excludentes de ilicitude na interrupção da gravidez, os direitos iguais entre homens e mulheres são violados, afinal, o genitor não é penalizado.

Neste aspecto, pode-se apontar uma questão relevante: se a fecundação, isto é, fertilização do óvulo por meio do espermatozóide, marcar o início da vida humana, laboratórios de reprodução assistida estarão violando os direitos dessa pessoa em potencial ao descartar zigotos impróprios para a transferência ao útero para gestação? Esta mulher será obrigada a implantar em seu útero todos os zigotos experimentais?

A técnica de FIV (fertilização in vitro) coleta os óvulos e os espermatozoides, quando o gameta feminino está pronto para receber o masculino, aquele é perfurado com uma micropipeta que deposita um único gameta masculino. Por isso a prática é chamada de fertilização in vitro (em vidro), pois não é realizada dentro do corpo, no sistema reprodutivo feminino, e sim, em um vidro laboratorial.

O amparo legal da reprodução assistida está no art. 9º da Lei de Planejamento Familiar, cuja redação prevê “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (BRASIL, 1996) e que, por conseguinte, é reguladora do direito já previsto constitucionalmente no art. 226, §7 da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

Sob a ótica das informações supramencionadas, a obra “O conto da Aia” abrange um futuro distópico irreal, inspirado em características presentes nos regimes vigentes. Tal fator não consiste em uma ameaça direta sobre a instauração de uma teocracia totalitária, abolindo completamente os direitos femininos, no Brasil, mas apresenta um alerta a respeito dos aumento significativo de discursos conservadores e religiosos na bancada legislativa brasileira. A escassa representação feminina em altos cargos de poder políticos e o aumento constante da violência de gênero no país, refletem a estrutura patriarcal contida de maneira intrínseca no sistema legislativo brasileiro.

A criminalização do aborto e restrição dos direitos reprodutivos femininos são questionares quanto a eficácia dos direitos fundamentais neste plano, com o surgimento de novos projetos de leis

que dificultem o acesso a métodos contraceptivos de forma pública à população, reflete a violência de gênero institucionalizada, em que o poder majoritariamente masculino, de forma simbólica, restringe a liberdade de escolha das mulheres perante seus corpos.

Neste viés, o Supremo Tribunal Federal (STF) age com a função de garantir a observância das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Agindo como um mecanismo de contenção para impedir que a maioria parlamentar, movida por ideais regressistas e conservadores, acatem decisões e imponham retrocessos legislativos que infrinjam o princípio da dignidade humana ou o Art. 5º da Constituição Federal, que rege a igualdade entre homens e mulheres.

Em suma, a descriminalização total do aborto, embora não possua grandes chances de se concretizar, deve ser discutida para a implementação de políticas públicas mais eficazes à população, impedindo que mulheres continuem falecendo em decorrência de um aborto clandestino mal realizado. A legalização parcial vigente deve ser aplicada a partir da implementação de um sistema de saúde garantidor de qualidade e acesso ao procedimento, com acolhimento, informação e segurança. A estrutura estatal apresenta ineficácia em prover tais serviços de forma adequada, demonstrando a urgência de uma abordagem mais completa. Os protestos realizados em junho de 2024, representam a luta pela autonomia reprodutiva, caracterizados como um alerta para que a sociedade e o Estado enfrentem a realidade e trabalhem para garantir que as mulheres possam decidir sobre seus próprios corpos de maneira segura e digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALESTERO, Gabriela Soares; GOMES, Renata Nascimento. Violência de gênero: uma análise crítica da dominação masculina. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIX, n. 66, p. 44–49, maio/ago. 2015. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34812.pdf>>. Acesso em: 31 de julho de 2025.

WESTIN, Ricardo. Há 75 anos, padre redigiu 1º projeto de lei do Brasil sobre o aborto. Brasília: Senado Federal, 5 de julho de 2024. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/ha-75-anos-padre-redigiu-1o-projeto-de-lei-do-brasil-sobre-o-aborto>>. Acesso em: 16 de julho de 2025.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Carlota Pereira de Queirós: a primeira deputada brasileira. Agência Câmara de Notícias, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/a-conquista-do-voto-feminino/carlota-queiros.html>>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A questão do aborto no Brasil: o debate no Congresso. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 4, n. 2, p. 381–398, jan. 1996. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16809>>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

INFORMATIVO. Sociedade Civil Bem-Estar Familiar no Brasil. A SITUAÇÃO DA MULHER NO BRASIL PLANEJAMENTO FAMILIAR -UM FATOR DO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO SÓCIOECONOMICO E CULTURAL. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/21615/1/Informativo_vol.%20n%C2%BA%2010_out_nov_dez_1977_A%20situa%C3%A7%C3%A3o%20da%20mulher%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 17 de julho de 2025.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a Condição da Mulher. Relatório final da CPMI da Mulher. Versões 1 e 2. Brasília, 1978. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/84968>>. Acesso em: 17 de julho de 2025.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Panorama Censo Demográfico 2022. Rio de Janeiro: IBGE, [2023]. Disponível em: <<https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

AGÊNCIA BRASIL. Mulheres são maioria do eleitorado brasileiro, diz TSE. Rádioagência Nacional, 7 de agosto de 2024. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2024-08/mulheres-sao-maioria-do-eleitorado-brasileiro-diz-tse>>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.904, de 17 de maio de 2024. Acresce dois parágrafos ao art. 124, um parágrafo único ao art. 125, um segundo parágrafo ao art. 126 e um parágrafo único ao art. 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e dá outras providências.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Promulgado pelo Presidente Getúlio Vargas em 7 de dezembro de 1940; publicado no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 1940.

MARIE CLAIRE. Cenário do aborto legal nos EUA após 1 ano da revogação de Roe v. Wade. 28 de junho de 2023. Disponível em: <<https://revistamarieclaire.globo.com/direitos-reprodutivos/noticia/2023/06/cenario-aborto-legal-eua-revogacao-roe-v-wade.ghtml>>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

G1. Mulheres usam roupas de 'O Conto da Aia' em ato pela descriminalização do aborto em Brasília. Distrito Federal, 3 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2018/08/03/mulheres-usam-roupas-de-o-conto-da-aia-em-ato-pela-descriminalizacao-do-aborto-em-brasilia.ghtml>>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

TAYLOR, Adam. How The Handmaid's Tale dressed protests across the world. The Guardian, 3 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2018/aug/03/how-the-handmaids-tale-dressed-protests-across-the-world>>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

CABRAL, Cristiane da Silva; BARBOSA, Regina Maria; ARILHA, Margareth. The right to abortion: pathways in Brazil – an interview with Margareth Arilha. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 36, supl. 1, e00118319, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministra Rosa Weber vota pela descriminalização do aborto nas 12 primeiras semanas de gestação. 22 de setembro de 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514619&ori=1>>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

CNN BRASIL. Aborto no Brasil: linha do tempo mostra lei praticamente inalterada desde 1940. 26

de setembro de 2023. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/aborto-no-brasil-linha-do-tempo-mostra-lei-praticamente-inalterada-desde-1940/>>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

JOTA. Nunes Marques leva ao plenário físico debate sobre resolução do CFM sobre aborto. 31 de maio de 2024. Disponível em: <<https://www.jota.info/saude/nunes-marques-leva-ao-plenario-fisico-debate-sobre-resolucao-do-cfm-sobre-aborto>>. Acesso em: 30 de julho de 2025

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Novos projetos de lei sobre aborto visam tornar legislação mais rígida. 18 de junho de 2024. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/1085816-NOVOS-PROJETOS-DE-LEI-SOBRE-ABORTO-VISAM-TORNAR-LEGISLACAO-MAIS-RIGIDA>>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. CCJ aprova admissibilidade de proposta que garante direito à vida para fetos e impede aborto legal. 10 de julho de 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1114922-CCJ-APROVA-ADMISSIBILIDADE-DE-PROPOSTA-QUE-GARANTE-DIREITO-A-VIDA-PARA-FETOS-E-IMPEDE-ABORTO-LEGAL>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (SBRA). Como é feita a fertilização in vitro (FIV). [s.d.]. Disponível em: <https://sbra.com.br/como-e-feita-a-fertilizacao-in-vitro-fiv/>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 15 de janeiro de 1996.

Diniz, D, Medeiros, M., Souza, P.H.G.F, Goés, E.. Aborto e raça no Brasil, 2016 a 2021. Cien Saude Colet [periódico na internet] (2023/set). Está disponível em: <<http://cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/aborto-e-raca-no-brasil-2016-a-2021/18886?id=18886>>. Acesso em 30 de julho de 2024.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Abortion: key facts*. Geneva: WHO, 17 maio 2024. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abortion>. Acesso em: 30 de julho de 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Painel Violência Contra a Mulher*. Brasília: CNJ, atualizado mensalmente; painel lançado em 11 de março de 2025. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-violencia-contramulher>. Acesso em: 30 de julho de 2025

World Health Organization. *Abortion: key facts*. Geneva: WHO, 17 maio 2024. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abortion>. Acesso em: 31 de julho de 2025.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1960. p. 32.

TAVARES, Ludmila Aparecida; CAMPOS, Carmen Hein de. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”, e a Lei Maria da Penha. *Interfaces Científicas – Humanas e Sociais*, Aracaju, v. 6, n. 3, p. 9–18, fev. 2018. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/RHUSO/article/view/4894>. Acesso em: 30 de julho de 2025. DOI: 10.17564/2316-3801.2018v6n3p9-18.

URNAU, Juliana Inês; TYBUSCH, Francielle Benini Agne. A distopia de O Conto da Aia na realidade brasileira: manutenção de direitos frente a crises e retrocessos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 5., 2019, Santa Maria. Anais do 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Santa Maria, RS: Universidade Federal de Santa Maria, 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppad/congresso-direito-anais>. Acesso em: 31 jul. 2025.

LÉO, Maria Emília Meira. A luta das mulheres pela construção de marcos legais que tipifiquem os crimes sexuais. 2020. 25 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA), Caruaru, 2020.

LIMA JÚNIOR, Oswaldo Pereira de; HOGEMANN, Edna Raquel. O conto da aia: a (des)personalização como dimensão epistêmico-moral fundadora da condição de sujeito de direito da mulher. *Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura*, Santa Maria, v. 5, n. 1, p. 69-93, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.21119/anamps.51.69-93>. Acesso em: 31 jul. 2025.

HOLANDA, Ana Carolina Pessoa; XEREZ, Rafael Marcílio. O conto da aia e o aborto no Brasil: a ausência de liberdade da mulher sobre o próprio corpo. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 29, n. 1, e61052, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2021v29n161052>. Acesso em: 31 jul. 2025.

BÍBLIA. Português. A Bíblia sagrada: antigo e novo testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

ATWOOD, Margaret. O conto da Aia. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

BRASIL. Código Civil (1916). Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1603.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 31 jul. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Painel de Dados do Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2025. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/painel-de-monitoramento/>. Acesso em: 31 jul. 2025.

(DES)COMPASSOS NORMATIVOS: A RESISTÊNCIA DO ESTADO BRASILEIRO À JURISPRUDÊNCIA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS LGBTQIAPN+

Lucas de Souza GONÇALVES¹

Rafaela Ribeiro SCALA²

Vladimir BREGA FILHO³

RESUMO

Este trabalho examina um problema central da proteção dos direitos LGBTQIAPN+ no Brasil: a resistência dos tribunais superiores em dialogar com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Utilizando como referência decisões paradigmáticas da Corte IDH, especialmente os casos *Atala Riffo vs. Chile*, *Vicky Hernández vs. Honduras* e *Azul Rojas Marin vs. Peru*, a pesquisa investiga como a ausência de diálogo interjurisdicional compromete a efetivação plena dos direitos dessa população vulnerável. Por meio de análise qualitativa que examina decisões dos tribunais superiores brasileiros e a jurisprudência interamericana consolidada, o estudo demonstra que essa lacuna argumentativa enfraquece a proteção judicial e facilita o surgimento de reações legislativas conservadoras conhecidas como *backlash*. A pesquisa revela que, embora os tribunais brasileiros profiram decisões progressistas em favor dos direitos LGBTQIAPN+, a fundamentação baseada exclusivamente em parâmetros constitucionais internos perde a oportunidade de utilizar os robustos padrões interamericanos como reforço argumentativo e fonte de legitimidade internacional. O trabalho conclui que os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro no sistema interamericano exigem um diálogo mais efetivo entre as cortes nacionais e a Corte IDH, sendo necessária uma transformação das práticas jurisprudenciais para fortalecer a sustentabilidade das conquistas judiciais e prevenir retrocessos legislativos que ameaçam os direitos humanos da população LGBTQIAPN+.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos LGBTQIAPN+; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Diálogo interjurisdicional; Backlash legislativo.

ABSTRACT

This paper examines a central problem in the protection of LGBTQIAPN+ rights in Brazil: the resistance of superior courts to engage in dialogue with the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence on discrimination based on sexual orientation and gender identity. Using paradigmatic decisions of the Inter-American Court as reference, especially the cases *Atala Riffo vs. Chile*, *Vicky Hernández vs. Honduras*, and *Azul Rojas Marin vs. Peru*, the research investigates how the absence of interjurisdictional dialogue compromises the full realization of rights for this vulnerable population. Through qualitative analysis examining decisions from Brazilian superior courts and consolidated Inter-American jurisprudence, the study demonstrates that this argumentative gap weakens judicial protection and facilitates the emergence of conservative legislative reactions known as *backlash*. The research reveals that, although Brazilian courts issue progressive decisions

1 Bacharel em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário (2024). Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). lucasgoncalves@toledoprudente.edu.br.

2 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil. Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), financiado pela Fundação Araucária, sob orientação do Prof. Dr. Vladimir Brega Filho. rafaela.scale@discente.uenp.edu.br.

3 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Lisboa, Portugal. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná. vladimir@uenp.edu.br.

in favor of LGBTQIAPN+ rights, the reasoning based exclusively on internal constitutional parameters loses the opportunity to use robust Inter-American standards as argumentative reinforcement and source of international legitimacy. The paper concludes that the commitments assumed by the Brazilian State in the Inter-American system require more effective dialogue between national courts and the Inter-American Court, making necessary a transformation of jurisprudential practices to strengthen the sustainability of judicial achievements and prevent legislative setbacks that threaten the human rights of the LGBTQIAPN+ population.

KEYWORDS: LGBTQIAPN+ rights; Inter-American Court of Human Rights; Interjurisdictional dialogue; Legislative backlash.

1. INTRODUÇÃO

No contexto dos direitos humanos das pessoas LGBTQIAPN+ no Brasil, os tribunais superiores têm proferido decisões progressistas que reconhecem direitos dessa população, como a união homoafetiva e a aplicação da Lei Maria da Penha para mulheres trans. Contudo, essas decisões frequentemente ignoram a consolidada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) sobre discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, perdendo a oportunidade de estabelecer um diálogo interjurisdicional que poderia fortalecer a proteção desses direitos. Entre os debates suscitados por essa problemática, destaca-se o descompasso entre os padrões interamericanos estabelecidos em casos como *Atala Riffo vs. Chile* e *Vicky Hernández vs. Honduras* e a fundamentação das decisões nacionais.

Os fundamentos jurisprudenciais das decisões brasileiras baseiam-se predominantemente na interpretação constitucional interna e em precedentes nacionais, conferindo tratamento secundário ou inexistente à rica jurisprudência da Corte IDH sobre direitos LGBTQIAPN+. Essa abordagem revela uma resistência institucional ao diálogo com o sistema interamericano, comprometendo o potencial transformador dos padrões internacionais de proteção dos direitos humanos dessa população vulnerável.

A consolidação da jurisprudência da Corte IDH em matéria de direitos LGBTQIAPN+, especialmente a partir do caso *Atala Riffo vs. Chile* (2012), estabeleceu parâmetros claros sobre a proibição de discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero, determinando obrigações específicas aos Estados para a garantia efetiva desses direitos. Essas determinações mostram-se incompatíveis com práticas judiciais nacionais que, embora protetivas, deixam de utilizar os fundamentos interamericanos como reforço argumentativo e fonte de legitimidade internacional.

Busca-se responder se a resistência dos tribunais brasileiros em dialogar com a jurisprudência da Corte IDH sobre direitos LGBTQIAPN+ compromete a efetivação plena desses direitos e viola as obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro no sistema

interamericano. Formula-se a hipótese de que essa prática representa um descompasso normativo que enfraquece a proteção judicial e facilita o surgimento de reações legislativas contrárias (backlash), exigindo uma transformação das práticas jurisprudenciais para o cumprimento integral das determinações interamericanas.

Para compreender com precisão as implicações jurídicas desse problema, faz-se necessário examinar os principais precedentes da Corte IDH sobre direitos LGBTQIAPN+, analisar o tratamento conferido pelos tribunais brasileiros a essa jurisprudência internacional, e investigar como essa lacuna de diálogo compromete a sustentabilidade das conquistas judiciais frente às reações legislativas conservadoras. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental, com enfoque qualitativo na análise de decisões da Corte IDH, julgados dos tribunais superiores brasileiros e proposições legislativas que evidenciam o fenômeno do backlash.

2. ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO: ESTANDARTES INTERAMERICANOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em seu artigo 1.1, determina que todos os Estados Partes se comprometem a respeitar e garantir os direitos humanos nela consagrados, sem qualquer discriminação.

A Corte IDH esclarece que a orientação sexual e a identidade de gênero são consideradas categorias protegidas pelo referido artigo, assim, está proibida qualquer norma, decisão ou prática de direito interno, seja por iniciativa das autoridades estatais ou de particulares, que diminuam ou restrinjam os direitos de uma pessoa em virtude da sua orientação sexual, de modo que tais atos são considerados incompatíveis com a CADH (Corte IDH, 2012, par. 103; Corte IDH, 2016, par. 104; Corte IDH, 2016, par. 118; Corte IDH, 2022, par. 66).

Para a Corte IDH, a orientação sexual e a identidade de gênero estão intimamente ligadas ao conceito de liberdade e à possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher as circunstâncias que dão sentido à sua existência (Corte IDH, 2022, par. 64; Corte IDH, 2012, par. 141; Corte IDH, 2017, par. 93). Portanto, a discriminação com base nesses critérios é tão grave quanto a discriminação baseada em outros critérios, como raça, origem ou cor (Corte EDH, 2007, par. 55; Corte EDH, 1996, par. 97).

Nesse contexto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) compreende que a negação da existência de pessoas LGBTQIAPN+ e a negação da proteção garantida a todos esses indivíduos as deixam em uma situação de vulnerabilidade extrema a diversas formas de desigualdade, discriminação, violência e exclusão (CIDH, 2018, par. 40).

Ainda, os Princípios de Yogyakarta, sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, estabelecem, no Princípio No.13, que todas as pessoas têm direito à segurança social e outras medidas de proteção social, sem discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero (ONU, 2007, p. 21).

O Estado que pratica a discriminação em virtude da orientação sexual viola não só a obrigação estabelecida no artigo 1.1, mas também o direito substantivo presente no artigo 24 da mesma Convenção (Corte IDH, 2016, par. 112; Corte IDH, 2016, par. 94; Corte IDH, 2022, par. 66), o direito à igual proteção da lei.

Por isso, diante do dever de não discriminar, os Estados também estão obrigados a adotarem medidas para converterem situações de discriminação em prejuízo de determinados grupos, em especial daqueles marginalizados ao longo da história da luta por direitos (Corte IDH, 2022, par. 67; Corte IDH, 2003, par. 104; Corte IDH, 2021, par. 110).

A Corte IDH, inclusive, reconheceu que historicamente inúmeras pessoas foram vítimas da discriminação estrutural, estigmatização e violência em virtude de sua orientação sexual (Corte IDH, 2022, par. 68; Corte IDH, 2012, par. 92 e 267; Corte IDH, 2021, par. 119).

Deste modo, essa discriminação histórica contra pessoas LGBTIAPN+ obriga os Estados a serem particularmente vigilantes para adotar medidas que garantam a interrupção dos ciclos de violência, exclusão e estigma (CIDH, 2018, par. 84; CIDH, 2015, par. 84).

Acontece que em muitos casos, como ressalta o Relatório sobre a Violência contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais nas Américas da CIDH, são os próprios Estados, por meio de suas ações ou falta delas, os responsáveis pela criação e reforço dessa discriminação e intolerância (CIDH, 2011; CIDH, 2015, par. 517 e 518).

Dessa forma, qualquer tentativa dos Estados-parte de um tratado internacional de promover discriminação que resulte em impactos negativos para a minoria em questão pode e deve ser julgada pela Corte IDH.

3. AS DECISÕES DO SIDH SOBRE DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

Considerando os parâmetros interamericanos sobre orientação sexual e identidade de gênero, é importante analisar alguns dos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: o Caso Atala Riffo vs. Chile (2012), o Caso Azul Rojas Marín e outra vs. Peru (2020), o Caso Vicky Hernández vs. Honduras (2021) e o Caso Olivera Fuentes vs. Peru (2023).

3.1. Caso Atala Riffo Vs. Chile (leading case)

O caso foi apresentado à CIDH em 24 de novembro de 2004. Karen Atala é juíza e à época era casada com Ricardo Jaime López Allendes, com o qual possui três filhas: M. V. e R, nascidas em 1994, 1998 e 1999, respectivamente.

Em março de 2002, a senhora Atala e o senhor López divorciaram-se de fato e resolveram, mutuamente, que a guarda das menores, assim como seus cuidados, seria de responsabilidade da genitora, Karen.

Meses após, em novembro, a senhora Atala passou a residir na mesma casa que senhora Emma de Ramón, sua parceira sentimental, junto de suas três filhas e do filho mais velho de Emma.

Em janeiro de 2003, o genitor das três meninas apresentou uma demanda judicial a fim de obter a guarda e tutela das garotas, perante Juízo de Villarrica, no Chile, sob o argumento de que a guarda com a mãe colocava em risco o desenvolvimento físico e psíquico das menores, uma vez que a sua nova opção sexual influenciava negativamente seu crescimento, pelo qual a mãe não procurava zelar.

O pai ainda argumentou que a relação mantida entre a senhora Atala e sua parceira alterava o sentido natural de família, afetando, portanto, seus valores fundamentais como núcleo central da sociedade.

Ao final da denúncia, o pai sustentou que a convivência com o casal lésbico traria riscos biológicos às crianças, no sentido de estarem mais expostas a doenças como AIDS e herpes.

Em sede de contestação, no dia 28 de janeiro de 2003, a senhora Atala expressou seu descontentamento com as acusações a ela imputadas, assim como a forma pela qual foi encarada a sua relação familiar e vida privada. Destacou que ficou impressionada com a agressividade, preconceito, discriminação e desconhecimento do direito à identidade homossexual nas alegações apresentadas, assim como pela distorção dos fatos e, por fim, pela falta de consideração ao melhor interesse das filhas. Em 10 de março de 2003, a representante legal do pai das crianças protocolou uma petição buscando a guarda provisória, com o objetivo de assegurar a custódia das filhas antes da conclusão do processo. Em 2 de maio de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica concedeu a guarda ao pai e estabeleceu as condições para as visitas maternas, apesar de reconhecer a ausência de elementos que corroborassem uma causa para sua incapacidade legal. A decisão do Juizado foi fundamentada nos seguintes argumentos:

i) “que a demandada, tornando explícita sua opção sexual, convive no mesmo lar que abriga suas filhas com a companheira, alterando com ela a normalidade da rotina familiar, colocando seus interesses e bem-estar pessoal acima do bem-estar emocional e do adequado processo de socialização das filhas”; e ii) “que a demandada colocou seus interesses e bem-estar pessoal acima do cumprimento de seu papel materno, em condições que podem afetar o desenvolvimento posterior das menores dos autos, não cabendo senão concluir que o ator apresenta argumentos mais favoráveis em prol do interesse superior das crianças, argumentos que, no contexto de uma sociedade heterossexual e tradicional, revestem grande importância”.

Assim, a senhora Atala seguiu as disposições, mas solicitou que o Juiz Titular de Villarrica fosse desvinculado do processo de guarda. Ela argumentou que o Magistrado se pronunciou por meio de um modelo de sociedade baseado em estereótipos e relações patriarcais que não reconhecem a diversidade na sociedade.

Eventualmente, o Juiz afastou-se do processo. Em 29 de outubro de 2003, a Juíza Substituta emitiu uma sentença que rejeitou a demanda de guarda. Ela argumentou que a orientação sexual de Karen Atala não tinha relevância para determinar sua capacidade como mãe, destacando a ausência de qualquer patologia que a impedisse de desempenhar esse papel. Além disso, a juíza enfatizou a falta de evidências de que a presença da companheira de Karen em casa representasse riscos para o bem-estar das crianças. Ela explicou que a homossexualidade não é considerada uma patologia, mas sim um comportamento normal do ser humano, e defendeu a posição de que as decisões judiciais devem se basear em fatos presentes no caso, em vez de suposições ou receios fundamentados em preconceitos.

Em 5 de abril de 2004, o pai das crianças interpôs um recurso perante a Corte Suprema do Chile. Alegou que a Juíza Substituta cometeu um grave abuso ao favorecer os direitos da mãe em detrimento dos das crianças, falhando em seu dever de protegê-las. Como resultado, em 7 de abril de 2004, a Corte Suprema concedeu o mandado de segurança solicitado, e em 31 de maio de 2004, a Quarta Câmara da Corte Suprema de Justiça do Chile concedeu a guarda definitiva ao pai.

Esta última afirmou que as crianças estavam em situação de risco devido à vulnerabilidade em seu ambiente social, diferindo significativamente do ambiente de seus colegas. Essa disparidade poderia levar a um isolamento e discriminação prejudiciais ao desenvolvimento pessoal delas. Assim, a Corte considerou a existência de uma "causa qualificada".

O caso foi então levado à CIDH, que o vinculou à discriminação sofrida pela senhora Atala, especialmente em relação à sua vida privada. A visão discriminatória foi claramente evidenciada no processo judicial sobre a guarda e cuidado de suas três filhas. O Estado Chileno, por sua vez, negou que o processo judicial estivesse relacionado à orientação de Karen Atala, insistindo apenas no melhor interesse das crianças.

É crucial destacar que a Corte IDH enfatizou que seu objetivo não era determinar qual dos progenitores oferecia o melhor lar para as crianças, mas sim avaliar se as autoridades judiciais do Chile violaram ou não as obrigações estabelecidas na CADH.

Em primeiro lugar, a Corte IDH destacou que o "interesse superior da criança" não deve ser utilizado para perpetuar um "estigma social". Em segundo lugar, apontou a violação da vida privada nos processos de investigação, inclusive nos locais de trabalho da mãe. Em terceiro lugar, determinou compensação por danos materiais, danos morais, assistência médica e psicológica às vítimas de discriminação.

Por fim, inspirada na Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção do Belém do Pará), a Corte IDH instou o Estado a desenvolver políticas públicas que capacitem as autoridades, incluindo as judiciais, a manter um ambiente de tolerância e respeito às minorias sexuais invisibilizadas, desarticulando estereótipos, preconceitos e práticas discriminatórias contra a população LGBTQIAPN+.

3.2. Caso Azul Rojas Marín e Outra Vs. Peru

O caso trata da responsabilidade internacional do Peru pela prisão injusta e pela violência física e psicológica sofrida por Azul Rojas Marín em fevereiro de 2008, devido à sua orientação sexual e identidade de gênero, perpetradas por agentes policiais. Azul, nascida em 1981, se identificava como homem gay na época, mas hoje se reconhece como mulher. Em fevereiro de 2008, enquanto caminhava sozinha para casa, foi detida por policiais da Delegacia de Casa Grande.

Durante a detenção, Azul foi agredida e forçada a entrar no veículo policial sem explicações, enquanto era insultada. Despida, interrogada, espancada e violada, Azul enfrentou alegações das autoridades de que a detenção ocorreu por não portar identificação e por comportamento suspeito.

Após os abusos, Azul tentou denunciar os fatos, mas inicialmente sua queixa foi ignorada. Quando finalmente aceita, um exame médico confirmou lesões de violência sexual. Em abril de 2008, a promotoria iniciou uma investigação contra os policiais. Em maio do mesmo ano, Azul pediu a inclusão do crime de tortura, mas a promotoria recusou por falta de provas suficientes. Em janeiro de 2009, o Juizado Penal de Investigação Preliminar de Ascope arquivou o caso, questionando a credibilidade da vítima.

Azul apresentou queixas contra o Promotor Provincial e o Promotor Adjunto Provincial de Ascope por agressão, humilhação e discriminação. Embora a queixa por abuso de autoridade tenha sido aceita, em novembro de 2010 foi decidido não iniciar ação penal. Azul também denunciou os policiais à Inspeção Regional de Trujillo, mas em março de 2008, a responsabilidade

administrativa dos agentes foi descartada, pois agiram conforme as normas internas devido à falta de identificação da vítima.

Sem respostas adequadas a nível nacional, em abril de 2009, Azul apresentou uma petição à CIDH. Em 22 de agosto de 2018, o caso foi encaminhado à Corte IDH. Neste caso, a Corte IDH reconheceu que o Estado do Peru violou os direitos da senhora Azul Rojas Marin, conforme os artigos 5 (integridade pessoal), 7 (liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 11 (honra e dignidade), 25 (proteção judicial) e 1 (obrigações gerais) da CADH.

A Corte IDH determinou que, ao obrigar a vítima a depor várias vezes, confrontá-la com seus supostos agressores, realizar um exame médico tardio e permitir a presença de preconceitos e discriminação durante as investigações, Azul Rojas foi revitimizada e privada de suas garantias judiciais. Adicionalmente, a Corte IDH concluiu que o Estado não demonstrou a devida diligência na investigação da tortura sexual sofrida pela vítima. Ainda, conforme o relatório psicológico pericial, a mãe da vítima desenvolveu uma depressão severa atribuível ao Estado.

Em termos de reparações, a Corte IDH determinou medidas abrangentes, tais como: (i) a continuidade da investigação para esclarecer todos os eventos relacionados; (ii) a publicação da sentença e a realização de um ato público de reconhecimento; (iii) o atendimento médico de Azul para danos físicos, psicológicos ou psiquiátricos resultantes da violência sofrida; (iv) a criação de um protocolo vinculante sobre investigação e julgamento em casos LGBTQIAPN+, incluindo a capacitação de funcionários públicos, e de um sistema de coleta de dados e estatísticas sobre violência contra pessoas LGBTQIAPN+; (v) a remoção do indicador de "erradicação de homossexuais e travestis" dos Planos de Segurança Cidadã das Regiões e Distritos do Peru; (vi) o pagamento a Azul de USD \$15.000,00 (quinze mil dólares) por danos materiais e USD \$75.000,00 (setenta e cinco mil dólares) por danos imateriais; e (vii) a realização de um controle de convencionalidade na aplicação da nova tipificação de tortura.

3.3. Caso Vicky Hernandez Vs. Honduras

Quanto ao referido caso, a CIDH recebeu, em 23 de dezembro de 2012, uma petição da organização Red Lésbica Cattrachas e pelo Centro de Derechos Humanos de las Mujeres, demonstrando a responsabilidade de Honduras pelos danos causados à Vicky Hernández e seus familiares.

Posteriormente, em 06 de dezembro de 2016, a CIDH emitiu seu Relatório de Admissibilidade nº 64/16 e, no dia 15 de dezembro do mesmo ano, encaminhou uma notificação às partes envolvidas, colocando-se à disposição para mediar a demanda.

O homicídio de Vicky Hernandez representou uma ação violenta cometida pelas autoridades estatais hondurenhas, uma clara demonstração do preconceito institucional. Vicky Hernandez, mulher trans, era defensora dos Direitos Humanos e foi assassinada durante o toque de recolher estabelecido como instrumento de controle no decurso do neogolpe judiciário cometido contra o governo de Manuel Zelaya, no ano de 2009.

Destaca-se que, durante esse período de exceção em Honduras, houve um aumento considerável no índice de violência contra indivíduos LGBTQIAPN+, especialmente direcionada às mulheres trans que trabalhavam como profissionais do sexo.

Neste caso, a Corte IDH reconheceu que o Estado de Honduras violou os direitos da senhora Hernandez no tocante à vida, à integridade pessoal (conforme os artigos 4 e 5 da CADH), ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade da pessoa, à privacidade, à liberdade de expressão, ao nome (nos termos dos artigos 3, 7, 11, 13 e 18 da CADH), bem como ao artigo 7.a da Convenção do Belém do Pará.

Por fim, devido à falta de investigação dos fatos, os direitos às garantias judiciais, ao devido processo e à proteção judicial (conforme os artigos 8 e 25 da CADH) foram igualmente violados.

A Corte IDH determinou uma série de medidas para o Estado lidar com o caso em questão:

- (i) realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos do presente caso, na presença de altos agentes públicos e das vítimas, a ser difundido por rádio, televisão e redes sociais;
- (ii) outorgar uma bolsa de estudo em favor de um dos familiares da vítima, a fim de completar seus estudos técnicos ou universitários;
- (iii) produzir um documentário audiovisual sobre a situação de discriminação e violência contra mulheres trans, contando com a participação das vítimas em todas as etapas da produção, com ampla distribuição e divulgação nacional;
- (iv) criar um programa de bolsas de estudo para mulheres trans, a fim de concluir seus estudos do ensino fundamental ou técnico;
- (v) realizar cursos de formação para profissionais de segurança pública sobre o respeito à orientação sexual e expressão de gênero, com a participação de coletivos e organizações que se dedicam à proteção dos direitos das pessoas trans;
- (vi) adaptar o procedimento para alteração dos documentos de pessoas trans, a fim de atender à identidade de gênero autopercebida, com base no consentimento livre e informado do requerente, sem exigir certificados médicos ou psicológicos, e de forma confidencial, sem condicioná-la a operações cirúrgicas ou hormonais e à regulamentação por lei;
- (vii) criar um protocolo vinculante de investigação criminal e administração da justiça para casos de pessoas LGBTQIAPN+ vítimas de violência;
- (viii) planejar e implementar um sistema para avaliar uniformemente o tipo, a prevalência, as tendências e as pautas de violência LGBTIfóbica; e
- (ix) pagar a título de danos

materiais e imateriais às vítimas e seus familiares, bem como para gastos com tratamentos psicológicos, e às entidades que representaram as vítimas.

3.4. Caso Olivera Fuentes Vs. Peru

Em 11 de abril de 2023, foi proferida pela Corte IDH a decisão do caso Olivera Fuentes, a fim de declarar publicamente a responsabilidade do Estado Peruano pela violação dos direitos à liberdade pessoal, às garantias judiciais, à vida privada, à igualdade perante a lei e à proteção judicial de Crissthan Manuel Olivera Fuentes.

Trata-se do precedente interamericano mais recente no tocante à violação aos direitos da diversidade sexual. Os fatos do caso remontam a 2014, quando Crissthan Olivera e seu ex-companheiro externalizaram seu carinho um pelo outro na instalação de um centro comercial, sendo intervencionados por funcionários do estabelecimento e por agente policial, que lhes pediu para abandonarem o espaço, sob a justificativa de que suas ações estariam afetando o público, em especial, as crianças ali presentes.

A Corte IDH, semelhante ao Caso Atala Riffe Vs. Chile, destacou que o princípio do “interesse superior da criança” não pode ser utilizado para justificar atos discriminatórios. Além disso, ressaltou as obrigações das empresas de respeitar os direitos humanos das pessoas LGBTQIAPN+ nas suas relações internas (trabalhadores) e externas (fornecedores, distribuidores e consumidores).

Por fim, em sede de reparação, a Corte IDH ordenou ao Estado Peruano as seguintes medidas específicas em favor de Crissthan Olivera: i) acesso gratuito, imediato, oportuno, adequado e eficaz ao tratamento psicológico e/ou psiquiátrico; ii) o pagamento de USD 15.000 (quinze mil dólares) por danos imateriais; e iii) a publicação da decisão.

Como medidas de não repetição, foram estabelecidas: i) a elaboração e execução de uma campanha informativa e sensibilizadora destinada a fomentar uma cultura de respeito, não discriminação e garantia dos direitos das pessoas LGBTQIAPN+; ii) o desenvolvimento de um plano pedagógico abrangente sobre diversidade sexual e de gênero, igualdade e não discriminação, perspectiva de gênero e direitos humanos das pessoas LGBTQIAPN+ no contexto empresarial; e, iii) a formulação e implementação de uma política pública com o propósito de monitorar e supervisionar o cumprimento, por parte das empresas e seus colaboradores, da legislação nacional, assim como dos padrões interamericanos referentes à igualdade e não discriminação das pessoas LGBTQIAPN+.

4. O (DES)COMPASSO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTQIAPN+ NO BRASIL

Primeiramente, constatou-se que há uma sólida jurisprudência interamericana no âmbito da Corte IDH sobre os direitos LGBTQIAPN+, que assegura a não discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero.

Cumprir observar, agora, se os tribunais pátrios estão prestigiando as decisões da Corte IDH e produzindo um efetivo diálogo interjurisdicional.

No tocante à adoção por casais homoafetivos, o primeiro precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema surgiu em 2010, no âmbito da 4ª Turma, no REsp. 889.852/RS. O caso envolvia a adoção de crianças por uma das parceiras em uma união homoafetiva, onde as crianças já haviam sido adotadas previamente pela outra parceira.

Na época, apesar da ausência de uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre uniões homoafetivas, o voto argumenta que estas devem receber o mesmo tratamento das uniões estáveis, e que a orientação sexual dos adotantes não deve ser um fator impeditivo para a adoção.

A discussão no STJ ocorreu em 2010, portanto, não há menção ao entendimento da Corte IDH, pois o caso Atala Riffo foi julgado somente em 2012.

Em 2015, um segundo caso chegou ao STJ, por meio do REsp 1540814/PR, que discutiu se haveria uma idade máxima para uma criança ser adotada por casais homoafetivos. Neste julgamento, o Tribunal constatou que a legislação não veda adoção de criança por solteiros ou casais homoafetivos nem impõe qualquer restrição etária.

Ademais, a decisão deixou de realizar importante diálogo com o precedente da Corte IDH, o Caso Atala Riffo, e a interpretação sobre o art. 1.1 da Convenção Americana.

Por outro lado, um assunto recentemente abordado pelo STJ, no REsp 1977124/SP, envolveu a aplicação da Lei Maria da Penha para garantir a proteção de mulheres trans. A decisão coletiva foi proferida em abril de 2022.

A decisão contrasta com um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou essa proteção. O Tribunal argumentou que a definição de gênero na Lei Maria da Penha não deve ser limitada ao conceito biológico, mas deve incluir a identidade de gênero da vítima.

A decisão também citou estudos que mostram que o Brasil lidera o ranking de mortes de pessoas trans, destacando a importância de proteger essa comunidade.

O julgamento foi considerado um marco na proteção dos direitos LGBTQIAPN+ no Brasil. Apesar disso, a decisão não mencionou a jurisprudência da Corte IDH, que poderia fortalecer os argumentos da proteção às mulheres trans, o Caso Vicky Hernandez.

A falta de diálogo efetivo entre as Cortes Superiores e a Corte IDH em questões de direitos LGBTQIAPN+ é evidente. As decisões das Cortes Superiores frequentemente ignoram a jurisprudência e a atividade contenciosa da Corte IDH nesse campo. Esta lacuna revela que ainda há um longo caminho a percorrer para estabelecer um diálogo significativo e consistente entre essas instâncias judiciais.

Embora em algumas ocasiões haja menções às decisões da Corte IDH, essas referências frequentemente carecem de contexto ou são feitas de forma superficial (Magalhães, 2015, p. 344). Esse distanciamento compromete o potencial transformador da jurisprudência interamericana, a qual pode desempenhar um papel fundamental na efetivação dos direitos humanos LGBTQIAPN+, prevenindo, inclusive, novas condenações internacionais.

Nesse contexto, é necessário também considerar os limites e fragilidades da proteção judicial em face de forças legislativas contrárias. A jurisprudência progressista, embora relevante, não atua no vácuo: ela é constantemente desafiada por movimentos políticos que buscam reverter ou restringir direitos já conquistados. O fenômeno do backlash legislativo, analisado a seguir, revela que a ausência de um alinhamento entre as instituições pode enfraquecer a efetividade das decisões protetivas dos direitos LGBTQIAPN+, inclusive aquelas inspiradas nos padrões interamericanos.

4.1. O Backlash Legislativo E Os Limites Da Proteção Judicial

Os avanços recentes nos direitos da população LGBTQIAPN+ no Brasil foram principalmente impulsionados por decisões judiciais, com uma participação relativamente limitada do Poder Legislativo.

No entanto, dentro do Legislativo, está surgindo um fenômeno conhecido como "reação legislativa" ou "efeito backlash". Isso envolve esforços de grupos parlamentares mais conservadores para desfazer os efeitos ou direitos reconhecidos judicialmente. Em essência, após a conquista de um direito através do Judiciário, esses grupos buscam aprovar leis que contradigam essas decisões judiciais (Melo, 2023, p. 91).

No Brasil, o reconhecimento da união homoafetiva pelo STF (ADI nº 4277-DF e ADPF nº 132-RJ) provocou intensos debates, com manifestações vigorosas de apoio e oposição. Essa controvérsia resultou em reações adversas significativas, levantando questionamentos sobre direitos previamente conquistados e possíveis retrocessos ideológicos. O assunto dos direitos LGBTQIAPN+ tornou-se foco de propostas legislativas de cunho conservador, intensificando o debate público (Hoffmann; Leal, 2021, p.11).

O projeto apelidado de "Cura Gay", proposto em 2013 pelo deputado João Campos (PSDB-GO), e o "Estatuto da Família" (Projeto de Lei 6583/13), que foi aprovado na comissão de

Direitos Humanos, exemplificam bem as reações contrárias e representam um retrocesso significativo no reconhecimento de direitos e igualdade para pessoas homossexuais.

O Projeto de Lei 6583/13, amplamente conhecido como “Estatuto da Família”, estabelece diretrizes legais que delimitam os grupos reconhecidos como entidades familiares pela legislação. O artigo 2º do referido projeto define entidade familiar “como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (Brasil, 2013).

Nota-se, como refere Pimentel (2017, p. 198), que o:

[...] backlash à decisão da Suprema Corte não se restringiu ao mero inconformismo da população, por meio de discursos de intolerância, mas desencadeou, também, a atuação do Poder Legislativo, por intermédio do mencionado Estatuto da Família (PL 6583/13). Abriu-se espaço, por assim dizer, a uma eventual vitória dos políticos conservadores, com a possibilidade de aprovação de uma lei que visa piorar a situação dos casais homossexuais.

Apesar destes projetos de lei retrógrados e das manifestações populares conservadoras contra a interpretação extensiva do conceito de família, o reconhecimento da união homoafetiva foi extremamente significativo, marcando um progresso crucial nas garantias para a comunidade LGBTQIAPN+. Esse avanço dificilmente teria sido alcançado pelo Legislativo, dada a baixa representatividade. Isso destaca a importância do Poder Judiciário na proteção dos direitos das minorias (Hoffmann; Leal, 2021, p.17).

Em 2023, 18 parlamentares LGBTQIAPN+ tomaram posse para seus mandatos em assembleias legislativas e no Congresso Nacional, como aponta um levantamento da ONG VoteLGBT, que monitora e mapeia candidaturas dessa população em todo o país (VoteLGBT, 2022, p.6).

Com 18 representantes, num total de 594 congressistas (Senado e Câmara de Deputados), esse número equivale a 3% das cadeiras apenas. O número em si ainda não está perto do ideal, se considerarmos o percentual estimado de pessoas LGBTQIAPN+ na nossa sociedade.

Apesar de também não existirem dados governamentais oficiais, deve-se considerar, como base, um levantamento feito pelo Datafolha, lançado em setembro de 2022. A pesquisa, feita com pessoas com mais de 18 anos, mostrou que 9,3% dos entrevistados afirmaram pertencer à comunidade (Datafolha, 2022, p.76).

Assim, segundo Hoffmann e Leal (2021, p.17), o risco da comunidade LGBTQIAPN+ de sofrer com os efeitos backlash é real e demonstra:

[...] a necessidade de buscar instrumentos estratégicos de participação democrática na tomada de decisões, o diálogo entre as cortes e a sociedade em geral como um instrumento de legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática. O engajamento da população quanto ao que vem sendo decidido nas cortes e desponta o debate acerca da legitimidade e dos limites da atuação dos tribunais constitucionais e representa a participação do povo na leitura dos significados do texto constitucional.

A análise do backlash legislativo evidencia não apenas a resistência ativa a decisões judiciais progressistas, mas também um quadro mais amplo de morosidade e seletividade do Congresso Nacional na promoção de direitos para a população LGBTQIAPN+. Ainda que projetos relevantes tenham sido apresentados ao longo das últimas décadas, muitos enfrentaram entraves significativos em sua tramitação ou foram desfigurados no processo legislativo, revelando a dificuldade estrutural de se consolidar garantias por meio da via parlamentar.

4.2. Iniciativas Legislativas e os Entraves à Consolidação de Direitos

O Projeto de Lei n.º 5003/2001, de autoria da ex-deputada federal Iara Bernardi, também autora da lei que criminaliza o assédio sexual, além de diploma legal que adiciona a expressão “violência doméstica” e majorante de pena ao Código Penal nos casos de lesão grave ou gravíssima praticadas neste contexto, inaugurou a luta legislativa ao ser apresentado na Câmara dos Deputados no ano de 2001.

Apesar de seu pioneirismo ao abordar a homofobia no Congresso Nacional, o referido diploma legal, já em sua ementa, esclarece que seu conteúdo disserta sobre “sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas”. Essa delimitação se reflete em suas disposições, que não contemplam a proteção legal de pessoas com base na identidade de gênero, restringindo-se ao combate ao preconceito motivado por orientação sexual.

O projeto tramitou na Câmara sem regime de urgência por 5 anos (2001-2006), até ser enviado para o Senado com nova denominação e redação legal, tornando-se o Projeto de Lei da Câmara n.º 122/2006. A intenção original da ex-deputada Iara Bernardi era a criação de uma lei independente para o combate à homofobia, porém, durante sua tramitação surgiram outros projetos que idealizavam a criminalização desta forma de discriminação em complemento à Lei n.º 7.716/1989, conhecida como Lei do Racismo, sendo nela inserida (Friaça, 2011).

Agora o Projeto de Lei da Câmara não só modificara seu título (o qual carrega a árdua aprovação na Câmara dos Deputados), ele também estava de cara nova. Após incorporação de projetos de leis supervenientes à Câmara à redação original, por meio de seu relator e ex-deputado Luciano Zica (PT-SP), a redação editada alterava a Lei do Racismo, o Código Penal e o art. 5º da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), mas não só isso, também era adicionado, então, o rol da discriminação por identidade de gênero, dando luz à criminalização da transfobia, como já esclarece em seu primeiro artigo:

Art. 1º Esta lei altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, definindo os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

(BRASIL, PLC n.º 122/2006, p. 1).

O PLC n.º 122/2006, então, enfrentou resistência direta da “bancada cristã” parlamentar, composta por líderes evangélicos e católicos que se opuseram ao dispositivo com o argumento da norma ferir a liberdade religiosa dos brasileiros protegida constitucionalmente.

A ex-senadora Marta Suplicy (PT-SP) foi a maior defensora do projeto e ficou na função de sua relatoria, porém, “pecou” ao apresentar a alteração de que líderes religiosos e fiéis poderiam manifestar sua opinião e pensamentos religiosos sobre a homossexualidade.

Apesar da tentativa de flexibilização da legislação de forma que agradasse gregos e troianos, após ser aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS) em 2009, por desacordo entre os senadores, nem ao menos chegou à votação na Comissão de Direitos Humanos (CDH). Ao justificar o arquivamento à Agência do Senado em 2015, Suplicy defendeu que o projeto foi jogado para baixo do tapete na CDH e, ao ser transferido à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), ocorreu a mesma omissão (Agência do Senado, 2015).

No jogo legislativo, a dificuldade de aprovação de um projeto que visa a proteção de minorias sociais e conseqüentemente não agrada a bancada conservadora é um desafio para a efetividade dos direitos humanos de forma plena.

Na mesma linha, o ex-deputado federal Jean Wyllys (PSOL-RJ) e a deputada Erika Kokay (PT-DF) apresentaram, em 2013, o Projeto de Lei n.º 5002/2013, conhecido como "Lei João W Nery", nome dado em homenagem ao primeiro homem trans a se submeter à cirurgia de redesignação sexual no Brasil.

A proposta visava garantir o direito das pessoas trans e travestis à autodeterminação de gênero, incluindo a possibilidade de alteração do prenome e do marcador de sexo nos registros civis, independentemente da realização de cirurgia, laudo psiquiátrico ou autorização judicial (BRASIL, PL n.º 5002/2013, p.2).

Assim demonstra o seu parágrafo único:

Artigo 4º - [...] Parágrafo único: Em nenhum caso serão requisitos para alteração do prenome: I - intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial; II - terapias hormonais; III - qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico; IV - autorização judicial (BRASIL, PL n.º 5002/2013, p.2).

O PL n.º 5002/2013 teve como base os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade individual e não discriminação. Refletia-se uma demanda histórica dos movimentos trans, onde representava uma tentativa de romper com o modelo que, até então, não marcava o reconhecimento da identidade de gênero no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim como o PLC n.º 122/2006, o projeto encontrou resistência no Congresso Nacional e acabou paralisado, nunca sendo votado em plenário e resultou em arquivamento no ano de 2019.

4.3. As Ações Afirmativas Atuais e sua Repercussão

Desde a última atualização da plataforma *Observatória*, realizada em 25 de junho de 2025, de iniciativa da Agência Diadorim com apoio do Fundo Brasil de Direitos Humanos, foram identificadas 1.165 proposições legislativas relacionadas à população LGBTQIAPN+ apresentadas no Brasil desde o ano de 2019, tanto no Congresso Nacional quanto nas Assembleias Legislativas (Observatória, 2025).

Desse total, 655 projetos possuem caráter afirmativo, buscando garantir ou ampliar direitos da comunidade LGBTQIAPN+, enquanto 510 proposições têm natureza restritiva ou abertamente discriminatória, representando ameaças concretas aos direitos já conquistados (Observatória, 2025).

Já entre os meses de janeiro e junho de 2025, abrangendo tanto o âmbito federal quanto o estadual, foram apresentados no Brasil 57 projetos de lei com conteúdo favorável à população LGBTQIAPN+ (Observatória, 2025).

Estes 57 projetos representam um acréscimo superior a 30% em relação às propostas de teor contrário, que somaram 43 no mesmo período. Trata-se do quinto ano consecutivo em que as proposições legislativas pró-LGBTQIAPN+ superam, quantitativamente, as iniciativas de retrocesso (Diadorim, 2025).

No entanto, Paulo Malvezzi, coordenador da Observatória, apontou que o referido panorama, apesar de reforçar um quadro já consolidado nos últimos anos, não deve ser confundido com estabilidade política ou legislativa. Neste mesmo sentido, afirmou o profissional:

Mesmo com maior número de proposições favoráveis, a permanência e renovação constantes de projetos anti-LGBTQIA+ revelam que ainda estamos diante de uma intensa disputa política. O campo dos direitos segue sendo um espaço de embate permanente (Malvezzi, 2025).

Seguindo o pensamento de Malvezzi, o cenário legislativo atual é marcado por uma dinâmica constante de disputa, em que as propostas parlamentares afirmativas coexistem com as iniciativas de retrocesso, evidenciando essa urgência de mobilização e vigilância permanente no espaço institucional legislativo.

Tal contexto instável reforça a relevância de manifestações públicas como a “Parada do Orgulho LGBT+”, que utiliza o caráter festivo como instrumento fundamental de resistência política e reivindicação de direitos humanos efetivos.

Nesse aspecto, a edição de 2024 da Parada do Orgulho que fora realizada em 2 de junho em São Paulo capital, expressou com clareza essa vocação político-pedagógica do evento erguendo não somente a bandeira colorida, mas a do lema “Basta de Negligência e Retrocesso no Legislativo – Vote consciente por direitos da população LGBT+” (Conectas, 2024). Reafirmou-se, então, o

papel da Parada como um espaço de articulação coletiva, visibilidade e incidência na luta por justiça e igualdade constantes.

A mobilização, marcada pelo uso simbólico das cores verde e amarela juntamente com as do arco-íris, teve como objetivo conscientizar a sociedade sobre a importância do engajamento político e da eleição de representantes comprometidos com os direitos humanos. Ao denunciar o descaso institucional, os discursos do evento concentraram-se, em sua maioria, na valorização do voto e na defesa dos direitos da população LGBTQIAPN+ (G1, 2024).

5. CONCLUSÃO

Esta análise demonstrou que a resistência dos tribunais superiores brasileiros em dialogar com a jurisprudência da Corte IDH sobre direitos LGBTQIAPN+ contraria os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e compromete a efetivação plena dos direitos dessa população vulnerável.

A investigação mostrou que a fundamentação das decisões judiciais brasileiras baseada exclusivamente em parâmetros constitucionais internos representa uma oportunidade perdida de fortalecer a proteção dos direitos LGBTQIAPN+ através dos robustos padrões interamericanos. Quando os tribunais superiores proferem decisões progressistas sem mencionar precedentes consolidados da Corte IDH, como os casos *Atala Riffo*, *Vicky Hernández* e *Azul Rojas Marin*, desperdiçam importante fonte de legitimidade internacional e deixam suas decisões vulneráveis a contestações políticas.

A jurisprudência interamericana confirmou que essa lacuna de diálogo enfraquece significativamente a sustentabilidade das conquistas judiciais. A Corte IDH estabeleceu padrões claros sobre a proibição de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, determinando obrigações específicas aos Estados para garantir proteção efetiva. O desconhecimento ou a negligência desses parâmetros pelos tribunais nacionais priva as decisões de fundamentação mais sólida e abrangente.

A pesquisa evidenciou que essa ausência de diálogo interjurisdicional facilita o surgimento de reações legislativas conservadoras conhecidas como *backlash*. A sub-representação política da população LGBTQIAPN+, com apenas 3% das cadeiras no Congresso Nacional, combinada com a fragilidade argumentativa das decisões judiciais cria um ambiente propício para propostas retrógradadas como o "Estatuto da Família".

A análise dos casos da Corte IDH revelou que os padrões interamericanos oferecem não apenas fundamentos jurídicos robustos, mas também diretrizes específicas para políticas públicas de proteção e reparação. A negligência desses precedentes representa um desperdício de recursos

argumentativos que poderiam prevenir novas condenações internacionais do Estado brasileiro.

A comparação entre as práticas jurisprudenciais brasileiras e os padrões interamericanos mostrou a necessidade urgente de uma transformação na cultura jurídica nacional. Superar essa resistência ao diálogo com a Corte IDH significa fortalecer a proteção judicial através de critérios mais rigorosos e internacionalmente reconhecidos. Adotar padrões interamericanos como reforço argumentativo contribui tanto para prevenir retrocessos legislativos quanto para consolidar a legitimidade das decisões judiciais.

A conclusão fundamental desta investigação é que cumprir adequadamente os compromissos assumidos no sistema interamericano exige necessariamente estabelecer um diálogo efetivo entre os tribunais nacionais e a Corte IDH. Essa transformação é condição indispensável para construir uma proteção verdadeiramente sustentável dos direitos LGBTQIAPN+ e prevenir o enfraquecimento das conquistas judiciais frente às pressões políticas conservadoras no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA DIADORIM. Brasil registrou 57 projetos de lei pró-LGBTQIA+ no primeiro semestre de 2025. Agência Diadorim, 27 jun. 2025. Disponível em: <https://adiadorim.org/reportagens/2025/06/brasil-57-projetos-de-lei-pro-lgbtqia-primeiro-semester-de-2025/>. Acesso em: 1 ago. 2025.

AGÊNCIA SENADO. Projeto que criminaliza homofobia será arquivado. Senado Federal, 7 jan. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/07/projeto-que-criminaliza-homofobia-sera-arquivado>. Acesso em: 1 ago. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 6.583/2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. 16 out. 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 31 jul. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5002/2013: reconhece a identidade de gênero de pessoas transexuais e travestis, e dispõe sobre o uso do nome social. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 1 ago. 2025.

BRASIL. Lei n.º 10.224, de 15 de maio de 2001. Altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 maio 2001.

BRASIL. Lei n.º 10.886, de 17 de junho de 2004. Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), criando o tipo especial denominado “Violência Doméstica”. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Seção 1, p. 1, 18 jun. 2004.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara n.º 122, de 12 de dezembro de 2006. Altera a Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e o Decreto-

Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT), para tipificar crimes por discriminação de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Apresentado pela Câmara dos Deputados, 12 dez. 2006. Arquivado em 26 dez. 2014.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 5.003, de 7 de agosto de 2001. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Apresentado na Câmara dos Deputados por Iara Bernardi (PT/SP). Arquivado.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 889.852 - RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.540.814 - PR (2011/0274763-1). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 18 ago. 2015. Terceira Turma. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.977.124 - SP. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 5 abr. 2022. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 22 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 - DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 maio 2011. Tribunal Pleno. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 14 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 - RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 maio 2011. Tribunal Pleno. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, vol. 2607, t. 1, p. 1, 14 out. 2011.

CEDH. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Smith e Grady vs. Reino Unido, n. 33985/96 e 33986/96, 1996. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59023>. Acesso em: 31 jul. 2025.

CEDH. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Vejdeland e Outros vs. Suécia, n. 1813/07, 2007. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-109046>. Acesso em: 31 jul. 2025.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Avanços e desafios para o reconhecimento dos direitos das pessoas LGBTI nas Américas. 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2025.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Comunicado de Imprensa n. 115/11. CIDH cria unidade para os direitos de lésbicas, gays e pessoas trans, bissexuais e intersexuais. 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/115.asp>. Acesso em: 31 jul. 2025.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais nas Américas. 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2025.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Dia Internacional do Orgulho LGBTI+: celebração e luta por direitos. São Paulo: Conectas, 28 jun. 2024. Disponível em: <https://conectas.org/noticias/dia-internacional-do-orgulho-lgbti-celebracao-e-luta-por-direitos/>. Acesso em: 1 ago. 2025.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Rizzo e Crianças vs. Chile, n. 239, 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em: 31 jul. 2025.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Flor Freire vs. Ecuador, n. 315, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acesso em: 31 jul. 2025.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pavez Pavez vs. Chile, n. 449, 2022. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_ing.pdf. Acesso em: 31 jul. 2025.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vicky Hernández e Outras vs. Honduras, n. 422, 2021. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_ing.pdf. Acesso em: 31 jul. 2025.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 18/03, 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf. Acesso em: 31 jul. 2025.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 24/17, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 31 jul. 2025.

DATAFOLHA. Pesquisa do Orgulho. 2022. Disponível em: <https://d9kmgv9gxhb0.cloudfront.net/static/pesquisadoorgulho.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2025.

FRIAÇA, Wagner Fraga. A fobia dos parlamentares ao projeto da homofobia. Congresso em Foco, 12 maio 2011. Disponível em: <https://www.congressoemfoco.com.br/noticia/64977/a-fobia-dos-parlamentares-ao-projeto-da-homofobia>. Acesso em: 6 jul. 2025.

G1. Parada LGBTQ+ 2024 reúne multidão na Avenida Paulista, em SP. São Paulo, 2 jun. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2024/06/02/parada-lgbt-2024-sp.ghtml>. Acesso em: 1 ago. 2025.

HOFFMANN, Grégora Beatriz; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Decisão judicial e efeito backlash à partir das decisões do Supremo Tribunal Federal. Revista Direito & Paz, v. 1, n. 44, p. 187-206, 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. Pluralismo constitucional interamericano: a leitura plural da Constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. 385 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2015.

MELO, Álvaro Veras Castro. Direitos humanos da população LGBTQIA+ no Brasil: status atual de proteção e possíveis contribuições da jurisprudência contenciosa do sistema interamericano. 2023. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

OBSERVATÓRIA. Monitoramento legislativo LGBTQIA+. São Paulo: Agência Diadorim, 2024. Disponível em: <https://observatoria.org/>. Acesso em: 1 ago. 2025.

ONU. Organização das Nações Unidas. Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da

legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução: Jones de Freitas. jul. 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 31 jul. 2025.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189. Acesso em: 31 jul. 2025.

VOTELGBT. Relatório anual de atividades. 2022. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/645a82ef72df1e50defcf770/t/649843f213852b595192cdc7/1687700473524/Relato%CC%81rio+de+atividades+2022+-+reduced.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2025.

DA EDUCAÇÃO PARA A DIVERSIDADE SEXUAL À LUZ DO MULTICULTURALISMO COMO PROTEÇÃO À PERSONALIDADE HUMANA

Gabriela de Moraes RISSATO¹
Valéria Silva Galdino CARDIN²

RESUMO

A sexualidade, embora esta seja inerente à natureza humana, ainda é considerada um tabu na sociedade, o que gera uma violência sem precedentes. O ambiente escolar muito contribui para a compreensão da noção da diversidade, por meio da miscigenação de culturas e, consequentemente, do respeito às pessoas com sexualidade divergente do padrão cis-hétero-normativo socialmente imposto. Diante disso, o artigo busca avaliar como a educação é capaz de fazer com que o ser humano perceba que a convivência em diversidade é o que torna o Brasil um país único. Independentemente das características de cada pessoa, sejam elas sexuais, culturais, econômicas ou políticas, há necessidade de respeito e proteção aos seus direitos. As pessoas com sexualidade divergente do padrão imposto merecem o mesmo respeito, uma vez que sua sexualidade nada interfere na vida alheia. A pesquisa foi realizada por meio do método dedutivo, tendo como técnica a pesquisa bibliográfica e documental. Verificou-se que a escola é um dos ambientes em que é possível que a pessoa possa reconhecer o outro como semelhante e merecedor de respeito e proteção.

PALAVRAS-CHAVE: cultura; diversidade cultural; sexualidade divergente.

ABSTRACT

The sexuality, although this is inherent to human nature, it is still considered a taboo in society, which generates unprecedented violence. The school environment contributes a lot to the understanding of the notion of diversity, through the miscegenation of cultures and consequently promotes respect for people with different sexualities from the cis-hetero-normative standard imposed in our society. In view of this, the article seeks to evaluate how education in the light of diversity is capable of making the human being realize that coexistence in diversity is what makes the country unique. Regardless of the characteristics of each person, whether sexual, cultural, economic or political, there is a need to respect and protect their rights. and the existence of people

-
- 1 Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação da UniCesumar, com enfoque na linha de pesquisa: "Direitos da personalidade e seu alcance na contemporaneidade". Bolsista pelo ICETI - Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Integrante do Grupo de Pesquisa "Reconhecimento e garantia dos direitos da personalidade". Especialista em Direito Processual Civil pela a Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito. Especialista em Direito Empresarial pela a Faculdade Legale. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2017), com bolsa parcial PROUNI - Programa Universidade para Todos-Governo Federal. Professora. Advogada inscrita na OAB/PR sob o n 85.960. E-mail: gabrielamrissato@gmail.com
 - 2 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa (2013); Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) (2002); Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) (1997); Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM) (1986). Atualmente é Professora Aposentada da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e Professora da Graduação e dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR); Pesquisadora do ICETI; Líder do Grupo de Pesquisa "Reconhecimento e Garantia dos Direitos da Personalidade", vinculado ao CNPq. Tem experiência na área do Direito Civil, Direito Processual Civil, da Bioética e do Biodireito, atuando principalmente nos temas correlatos ao Direito das Famílias, à Responsabilidade Civil, aos Direitos da Personalidade, bem como aos direitos dos animais, das mulheres, negros, dos índios, das pessoas com deficiência, das minorias sexuais e dos demais grupos e minorias vulneráveis. Presidente do Núcleo Regional de Maringá do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro do Law Society Association.

with divergent sexualities who deserve the same respect, since the sexuality of others, nothing interferes in their lives. For that, the deductive method was used, having as methodology the bibliographic and documental research. It was found that the school is one of the environments where it is possible for the person to recognize the other as similar and deserving of respect and protection.

KEYWORDS: culture; cultural diversity; inequality.

1 INTRODUÇÃO

Desde a Antiguidade, o termo cultura compreendia o ato de cuidar ou cultivar, especificamente direcionado à criação de animais e à agricultura. Somente no século XVIII foi que o termo passou a ser empregado como meio de explicar a formação da pessoa. Com o passar dos anos, as sociedades passaram a se modernizar em vários aspectos e, com isso, a cultura também começou a ter alguns elementos essenciais.

A modificação e a modernização do seu conceito, principalmente na contemporaneidade, elevaram-na a uma experiência distinta, sobretudo em decorrência da globalização, que desencadeou muitos outros fenômenos sociais, dentre eles, o multiculturalismo, que consiste no convívio de diversas culturas, tradições, pessoas com orientação sexual distinta, crenças e religiões em um mesmo local ou país. Em razão de tamanha diversidade e com a globalização cada vez mais incluída no dia a dia da sociedade, verifica-se uma espécie de massificação cultural, isto é, alguns grupos sociais buscam ditar o que deve ser culturalmente aceito, situação que gera certa intolerância cultural e, conseqüentemente, enseja um debate mais aprofundado acerca dos direitos humanos.

O fato de o indivíduo ser diferente de um padrão socialmente imposto, seja em relação à sua cultura, à sexualidade ou ao seu posicionamento político, ocasiona inúmeros problemas, pois essa pessoa acaba sendo hostilizada e, muitas vezes, excluída. Diante disso, cada vez mais se observa a necessidade de fomentar um diálogo intercultural para conscientizar os indivíduos e denunciar atos preconceituosos, com o objetivo de preservar a diversidade na sociedade. Isso porque, as lutas sociais em busca de afirmação da identidade e reconhecimento às diferenças são imprescindíveis para a manutenção da cultura e das inúmeras tradições existentes no Brasil.

Ressalta-se que a cultura está intimamente ligada à sexualidade humana, já que esta possui um conceito mais amplo em relação ao termo “sexo”, sendo que ambas estão intrinsicamente ligadas aos direitos humanos, pois estes são o resultado de conquistas sociais, as quais permanecem em constante construção. Ocorre que a humanidade tem enfrentado nos últimos anos alguns problemas relacionados à falta de aceitação da diversidade, principalmente pelo fato de que alguns direitos são inerentes à condição humana e, muitas vezes, em algumas comunidades se observa comportamento cultural que pode ser considerado violento, uma vez que alguns grupos sociais não

aceitam determinadas culturas, ou mesmo minorias, sejam elas sexuais, étnicas, entre outras.

A sociedade possui uma dificuldade em conviver em uma comunidade plural e, por este motivo, a presente pesquisa trata acerca da importância da educação para o respeito à diversidade. O tema nunca esteve tão em voga como nos dias atuais, já que a quantidade de notícias envolvendo a intolerância cultural é exacerbada e desencadeia uma violência imoderada de um grupo social sobre outro, com a existência de casos de censura, discurso de ódio e cultura do cancelamento. A Constituição Federal de 1988 assegura em seu preâmbulo a pluralidade da sociedade nacional, contudo, tal direito nem sempre é observado, pois embora os indivíduos possuam a liberdade para optar por um ou outro modo de vida, nem sempre possuem liberdade moral para tanto.

Cabe ao Estado a promoção de políticas públicas profícuas para o fim de equilibrar a desigualdade existente, como forma de possibilitar a todos os indivíduos as mesmas oportunidades. Uma destas medidas é o incentivo à educação como forma de inibir o preconceito de cunho racial, cultural e decorrente do gênero e da orientação sexual, com o escopo de favorecer uma visão plural entre as culturas, bem como um acolhimento aos indivíduos vítimas desta intolerância, já que, muitas vezes, as próprias autoridades não possuem a capacitação e, até mesmo, a empatia necessária para tratar de questões cotidianas envolvendo a temática.

Para a análise da pesquisa foram revisados livros relevantes relacionados ao tema, bem como acerca dos direitos da personalidade, da dignidade humana, dos direitos fundamentais, da diversidade e, ainda, relatórios, documentos de órgãos oficiais e entidades particulares e a legislação nacional.

2 DA GLOBALIZAÇÃO E DA DIVERSIDADE CULTURAL

Ao longo de séculos, a palavra “cultura” ganhou diversos significados, principalmente com o advento do Iluminismo, que passou a medir o progresso cultural de determinada sociedade por meio de um padrão imposto pela Europa capitalista, qual seja, a existência ou não dos seguintes elementos: Estado, mercado e escrita (Chauí, 2008).

Nesse sentido, o antropólogo Roque Laraia (2001) pontua que a cultura é um fator determinante para justificar o comportamento do ser humano, porque ela se adapta a diversos ambientes, ou seja, pode-se dizer que o ser humano é moldado de acordo com o ambiente, com o tempo e os costumes a que é submetido. O entendimento é compartilhado por Paulo Goffredo Telles (2014, p. 96), que afirma que o ser humano é capaz de pensar, sentir, imaginar, criar e, até mesmo, transformar um ambiente; por isso, o comportamento humano possui uma íntima relação com o meio em que está inserido.

Conforme Paulo Goffredo Telles, com o período de expansão do comércio e das grandes navegações, observou-se o início da difusão das diversas culturas, sendo este um dos primeiros momentos em que realmente se verificou a existência de sobreposição de um grupo sobre o outro em virtude da escravização de alguns povos, com o único objetivo de auferir lucro (Groff; Pagel, 2009). A partir do século XX, a cultura passou a ser compreendida como um processo de criação da linguagem, dos valores, das crenças, da religião, do vestuário e de outros aspectos imprescindíveis à vida em sociedade (Chauí, 2008).

Embora a cultura busque manter preservadas as suas raízes, ela não é imutável, uma vez que permanece em um processo de renovação e construção de novos valores para atender às necessidades da sociedade. Esta modificação ocorre principalmente em decorrência da globalização, fenômeno com várias nuances. Esse processo se manifesta nas searas econômica, política, social e cultural e se encontra em constante construção. Logo, o atual estágio da globalização se evidencia como uma de suas etapas do desenvolvimento (Ziglio; Comegna, 2005) e ocorre em razão da modernização econômica, política e cultural da sociedade, que somente evolui a partir do constante intercâmbio entre as culturas, de modo que é possível afirmar que há uma relação de interdependência entre a cultura e a globalização.

Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 5) explana que, de modo geral, a definição de globalização se concentra nos aspectos econômicos, entretanto, em verdade, essa deve ser entendida como “conjuntos diferenciados de relações sociais”, ou seja, pode ser observada nos diversos segmentos da sociedade, estando intimamente ligada ao tempo e ao espaço em que ocorre. Deste modo, nota-se que o fenômeno da globalização em uma sociedade, depende do tempo e do espaço, refletindo na pessoa, que sofre com a imposição de preferências e padrões sociais e comportamentais. Caso a pessoa rompa com a ideia de seguir tal imposição é necessário lidar com as consequências de suas decisões, já que a sociedade é marcada pela intolerância a características divergentes.

O grande problema ocorre quando tais características estão relacionadas aos direitos da personalidade, já que qualquer ameaça à personalidade deve ser inibida e, caso a ofensa se concretize, são necessários mecanismos para minimizar os danos sofridos.

De acordo com Rabindranath V. A. Capelo de Souza:

[...] este tipo de tutela geral da personalidade, embora com características peculiares da nossa ordem jurídica, inserir-se na longa e acidentada evolução das relações sociais, econômicas e jurídicas entre os homens e entre estes e os ditames da sociedade no seu conjunto, particularmente no que respeita ao reconhecimento igualitário da personalidade e da capacidade jurídica de todos os homens, no âmbito da permissibilidade jurídica das formas ou dos modos de expressão da personalidade humana individualizada e à adoção de mecanismos jurídico-processuais garantidores dos direitos de personalidade (Souza, 1995, p. 27).

O estudo da cultura de uma civilização abrange a análise acerca da língua, da religião, do ordenamento jurídico, da arte e do conhecimento (Castro, 2005). Apesar disso, hodiernamente, a sociedade possui grande diversidade de costumes e, muitas vezes, a imposição de situações, escolhas e modos de vida de um grupo social sobre o outro enseja um choque de civilizações. Marilena Chauí (1980) destaca que o grupo social dominante impõe suas próprias ideias nos planos material, econômico, social e político, fazendo com que apenas as suas ideias sejam consideradas válidas.

Tendo em vista que a cultura é a maneira como o ser humano se coloca no mundo e torna possível a vida social, pode-se inferir que a reunião de culturas distintas compõe a sociedade atual. Ao se associar com iguais, o indivíduo estabelece critérios de convivência que formam o caráter de cada povo (Fróis, 2004, p. 4). De acordo com Katja Plotz Fróis:

[...] pertencer a uma cultura significa ter identidade frente ao outro – qualquer – e, sobretudo, compartilhar, com aqueles pertencentes à mesma cultura, um grau de igualdade tal que se permita, a cada indivíduo, ser, ao mesmo tempo, livre e igual, já que o que torna os homens iguais em uma cultura subjaz à própria consciência de identidade que o torna livre em sua manifestação dessa cultura (Fróis, 2004, p. 4).

O conceito de cultura não é unânime entre os estudiosos do tema. Roberto da Matta (1986) entende que o termo essencialmente se refere às regras comportamentais e da personalidade do indivíduo:

[...] para nós, “cultura” não é simplesmente um referente que marca uma hierarquia de “civilização”, mas a maneira de viver total de um grupo, sociedade, país ou pessoa. Cultura é, em Antropologia Social e Sociologia, um mapa, um receituário, um código através do qual as pessoas de um dado grupo pensam, classificam, estudam e modificam o mundo e a si mesma (Matta, 1986, p. ???).

Deste modo, observa-se que para a existência de determinada cultura é necessária a formação de um grupo social por meio da reunião de diversas pessoas com comportamentos comuns. Com a globalização, os grupos sociais passaram cada vez mais a reafirmar as suas identidades locais. Esta transformação instantânea da cultura e dos grupos sociais ensejou a imposição de uma homogeneidade cultural (Mancebo, 2002).

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) entende que apesar das vantagens oriundas da globalização, ainda há muitas situações que necessitam de melhor estudo por parte do Estado, a fim de harmonizar os efeitos decorrentes da globalização, como se nota:

[...] os processos de globalização, facilitado pela rápida evolução das tecnologias de comunicação e informação, apesar de proporcionarem condições inéditas para que se intensifique a interação entre culturas, constituem também um desafio para a diversidade cultural, especialmente no que diz respeito aos riscos de desequilíbrios entre países ricos e pobres (ONU, 2005, p. 2).

Nota-se que este processo de globalização proporciona um grande benefício, principalmente na área da Tecnologia, diante da disseminação imediata de informações e do acesso facilitado a diversas culturas. Entretanto, ao mesmo tempo em que esta globalização viabiliza a interação cultural, ela traz consigo alguns problemas, que decorrem da interação cultural, já que existem grupos sociais que excluem e discriminam o indivíduo considerado diferente e oriundo de uma cultura vista como inferior ou dominada. Ressalta-se que a exclusão é ainda mais severa se o indivíduo integrar um grupo minoritário, como, por exemplo, as pessoas LGBTQIA+.

De acordo com Paulo Vargas Groff e Rogério Pagel (2009, p. 8), com a globalização, o multiculturalismo passou a ser relevante, uma vez que “houve uma preocupação maior com a preservação das culturas, que se viram ameaçadas”. Silvio Salustiano Silva (2004) assevera que “na atual crise de identidade do homem pós-moderno o grande dilema da sociedade é até onde a sua cultura está sendo engolida pelas identidades heterogêneas oferecidas pela indústria cultural”.

Consequentemente, esta constante sobreposição de uma cultura sobre a outra enseja um grande problema social, pois a todo o momento o ser humano passa a desenvolver novos valores e, com isso, sentir outras necessidades, em uma incessante busca por se sentir representado.

A conscientização acerca da diversidade cultural ganhou força principalmente na década de 1990, diante de debates internacionais que possuíam o objetivo de realizar um estudo aprofundado voltado ao desenvolvimento do ser humano. Hodiernamente, são adotados outros termos, tais como: “desenvolvimento cultural, participação do cidadão, democracia cultural, interculturalidade e governança para apoiar as políticas locais sobre a diversidade cultural” (Pascual, 2015, p. 93).

Desta análise, depreende-se que uma inegável modernização da sociedade e cada vez mais a possibilidade de diversos grupos sociais conviverem no mesmo ambiente, de modo que ocorre uma difusão de culturas distintas, ideias e arte, o que permite a modificação e a transformação da sociedade em todos os seus segmentos, como nos âmbitos da economia, da política etc. Apesar disso, infelizmente, nem todos possuem a capacidade de reconhecer em outro indivíduo características tão essenciais quanto as suas, logo, a imposição de um grupo social sobre outro enseja um agravamento da crise cultural.

A sobreposição de um grupo sobre outro gera inúmeros problemas na sociedade, entre eles, aqueles relacionados à intolerância, o que deve, antes de ser reprimido pelo Poder Público, ser problematizado nas instituições de ensino, de modo que as pessoas possam se desenvolver tendo conhecimento acerca da naturalidade/necessidade de convivência com a diversidade, sendo crucial que a sociedade se conscientize acerca das diferenças existentes entre os indivíduos para que o convívio social seja harmônico.

3 DO MULTICULTURALISMO E DA EDUCAÇÃO SEXUAL PARA O RESPEITO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A divisão de classes existente na sociedade impossibilita a unicidade da cultura e de padrões sociais, impondo uma divisão em cultura dominada e dominante. A cultura dominante enseja a exploração econômica e, conseqüentemente, a massificação da cultura dominada (Chauí, 2008). Isso se aplica também à sexualidade humana, visto que ainda vige na sociedade um padrão cis-hétero-normativo, por isso, a população LGBTQIAPN+ normalmente, além de ser ridicularizada, é estigmatizada, excluída e exposta à violência. Ainda, sua capacidade intelectual acaba sendo colocada em dúvida em razão da forma como exerce a sexualidade.

O modernismo e a globalização trouxeram consigo um choque cultural, já que, em razão de um pensamento modernista, passou-se a afirmar a existência de uma cultura global, em que uma cultura diversa da imposta como dominante seria considerada, muitas vezes, inculta. Desse modo, os grandes conflitos ideológicos, econômicos e, até mesmo, militares, cederam espaço para os conflitos oriundos dos choques culturais.

Ressalta-se que a imposição de padrões ocorre nos âmbitos cultural, político, econômico e até sexual, haja vista que a sociedade considera como normal as pessoas que se enquadram em um padrão de sexualidade, rotulando e estigmatizando os demais que não atendem a esta imposição social.

Isso ocasiona sérios problemas às pessoas LGBTQIAPN+, uma vez que, ao serem estigmatizadas, sofrem com o preconceito, a discriminação, a violência no seio familiar, na escola, no trabalho e em vários aspectos de suas vidas, circunstância que ocasiona insegurança, medo, sentimento de incapacidade, levando essas pessoas a terem comportamentos depressivos. Como resultado, é comum a evasão escolar e universitária, de modo que estes indivíduos costumam acabar submetidos a subempregos e, na grande maioria das vezes, são explorados.

Além da imposição de valores de uma cultura dominante sobre uma dominada, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 210) pontua a pessoa deve “abster-se de pronunciar palavras, insinuações, sugestões, gestões, sons ou mímicas que possam ofender outrem em seu brio, ou em seu pudor, a fim de não criar conflitos de relacionamento que a paz social prescreve”. A necessidade de abstenção até em relação a determinados gestos se dá porque a manifestação pessoal sobre as características do indivíduo não diz respeito àquele que comenta, afeta as regras mínimas de convivência ou coloca em risco a tranquilidade social. De acordo com Chiappin (1994), a modernização e o desenvolvimento econômico ocasionam um efeito homogeneizador, favorecendo a disseminação de uma cultura global. Naturalmente, a imposição de uma cultura sobre outra gera conflitos e violência.

A mundialização e a difusão da cultura estão intimamente ligadas às inovações tecnológicas, já que com estes avanços a comunicação e a disseminação de informações passou a ocorrer instantaneamente (Mancebo, 20025). A rapidez e a eficiência com que as informações são disseminadas atualmente facilita a imposição de padrões culturais por grupos de maior expressividade e, principalmente, alimenta a indústria cultural que nega a cultura em sua essência, pois utiliza basicamente conteúdo de entretenimento que deve ser reproduzido repetidamente e consumido pela massa (Chauí, 2008).

Nesse sentido, Geoge Yúdice (2015) destaca que a diversidade existe de forma abundante, contudo, a maior dificuldade para compor uma harmonização é a existência de informações distorcidas e a criação de políticas equivocadas. Naturalmente, a interpretação equivocada de padrões culturais, associada a políticas públicas ineficientes, influencia a sociedade negativamente, pois além de fomentar a discriminação cultural, ainda causa intolerância cultural exacerbada, discurso do ódio, entre outras atitudes que violam frontalmente os direitos da personalidade destes indivíduos oriundos de comunidades consideradas culturalmente dominadas.

Para Laraia (2001), o conceito de cultura compreendido pela comunidade internacional contempla a forma de exploração de bens naturais, a política, a organização social e a ordem jurídica. Por contemplar tantos aspectos da vida em sociedade, pode-se inferir que a cultura molda o ser humano em seu nicho social.

Quando um indivíduo ou uma comunidade adota comportamento impositivo sobre outros indivíduos ou outras culturas ocorre uma ofensa aos direitos da personalidade destes indivíduos, ante a falta de respeito e, ainda, porque essas nuances culturais integram a formação da pessoa. Carlos Alberto Bittar (2015) explica que o convívio social deve ser pautado no respeito mútuo entre as pessoas, já que é por meio do respeito à vida do outro e à diversidade cultural e sexual que são construídas as bases da sociedade. Independentemente das circunstâncias, todo indivíduo merece respeito, de modo a ter sua personalidade tutelada. Quando se observa intolerância em decorrência de qualquer motivo há uma violação ao direito ao respeito, que integra o rol de direitos da personalidade da pessoa.

De acordo com Boaventura Sousa Santos (2003), o multiculturalismo, quando compreendido de maneira eficiente, viabiliza a convivência harmônica entre indivíduos totalmente diferentes em um mesmo espaço:

[...] é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuante potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo [...] nesse domínio, a tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceptualização e prática dos direitos humanos de um localismo globalizado num projeto cosmopolita (Santos, 2003, p. 18).

Anna Mayra Araújo Teófilo e Romulo Rhemo Palitot Braga (2014) asseveram que a importância do multiculturalismo, no Brasil, é insculpida no art. 5º da Constituição Federal³ de 1988, que garante a liberdade de culto, pensamento, opção sexual, entre outras, o que impõe ao Estado o dever de garantia destes direitos e, principalmente, de fomento de uma sociedade harmônica por meio da criação de políticas públicas efetivas para tanto. Norberto Bobbio (1993) ressalta que as transformações sociais oriundas da modernização do Direito proporcionam o surgimento de outros direitos, que devem ser preservados.

Os direitos que vão surgindo à medida que a sociedade se modifica evidenciam certa desigualdade, causada tanto pela falta de garantia às pessoas a estes novos direitos quanto pelo choque cultural. Com isso, a existência de um pluralismo no mundo pós-moderno impôs a necessidade de discussões acerca do respeito à diferença, como forma de minimizar os conflitos oriundos da diversidade cultural (Mazzuoli, 2017).

Ressalta-se que essas diferenças também devem ser compreendidas não só no âmbito cultural, mas também em relação a todos os aspectos da natureza humana, pois o enaltecimento ao respeito às diferenças é essencial na sociedade atual, visto que embora as grandes minorias tenham alcançado direitos antes quase que impossíveis, o que se observa é que grandes problemas ainda persistem. Valério Mazzuoli (2017, p. 249) pontua que muitos dos problemas de origem cultural são resolvidos “de modo a não compreender que a ‘diferença’ exige métodos também ‘desiguais’ de solução de conflitos”.

A fim de combater a opressão de uma sociedade sobre outra, o fenômeno do multiculturalismo surge como forma de equilibrar as diferenças entre os povos, bem como “busca a proteção e consequentes reivindicações de grupos excluídos da sociedade, principalmente em função da globalização hegemônica” (Groff; Pagel, 2009, p. 7).

Apesar do fomento cada vez maior da diversidade cultural, o que se observa é ainda muita intolerância, que se encontra enraizada na sociedade, tanto é verdade que, no Brasil, no primeiro semestre de 2020, a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH), pelo Disque 100, detectou um aumento de 41,2% do número de denúncias envolvendo, por exemplo, a intolerância religiosa se comparado ao mesmo período do ano de 2019 (Oliveira, 2021).

A intolerância religiosa é apenas uma das faces dos problemas envolvendo o multiculturalismo e o aumento das queixas ocorrem justamente em razão de dois fatores: o fato de

3 CF - “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (Brasil, 1988).

que hodiernamente os indivíduos possuem maior consciência acerca de seus direitos e que a intolerância na sociedade se encontra cada vez mais inflamada (Oliveira, 2021).

Um outro exemplo atual acerca da crise cultural é justamente a própria cultura do cancelamento, que deriva de comportamento entendido como correto por um grupo social majoritário. Quando um indivíduo pertencente a um grupo minoritário pratica qualquer conduta que destoa daquela socialmente aceita, sofre um verdadeiro linchamento virtual. Esta transformação social cada vez mais acelerada possui uma relação umbilical com o avanço da Internet, isso porque, “embora tenha contribuído para o alargamento das possibilidades de criação e fruição cultural, isso não resultou, necessariamente, na extinção das estruturas de poder no âmbito da produção e difusão de conteúdos culturais” (Lima, 2019, p. 11).

A sexualidade ainda é um tabu social, imposto socialmente e que também decorre de aspectos culturais. Por isso, a população LGBTQIAPN+ acaba sendo excluída, estigmatizada, ridicularizada e marginalizada, sofrendo uma violência desmedida, o que se revela como uma ofensa à dignidade desse grupo de pessoas, que, muitas vezes, possuem os seus direitos tolhidos em decorrência de características que formam a sua própria identidade.

Hodiernamente, o Estado limita o exercício da sexualidade humana quando deixa de reconhecer, por exemplo, uma entidade familiar poliafetiva, o que justifica a importância da educação acerca da diversidade e das diferenças existentes entre as pessoas para fins de conscientização social. As situações acima exaradas são apenas exemplos típicos de embates culturais que, muitas vezes, ferem os direitos da personalidade das pessoas em razão do flagrante desrespeito à sua cultura, ao seu modo de vida, às suas opiniões e às vontades.

4 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A ACEITAÇÃO DA DIVERSIDADE

A cultura é essencial para a formação da identidade do indivíduo. Diante da sua importância, a identidade alcançou o *status* de direito da personalidade, uma vez que todo ser humano possui o direito de ser individualizado (Perlingieri, 2002), de modo que é formado por diversos aspectos, tais como: cultura, comportamento, sentimentos, emoções, sexualidade etc., e isso é o que proporciona a diversidade na sociedade.

Ocorre que a imposição de padrões culturais, comportamentais e, até mesmo, em relação à sexualidade, forma a identidade humana e faz com que a pessoa que seja divergente deste padrão acabe sendo não só excluída ou discriminada, mas também exposta a uma série de violências e ofensas à sua própria personalidade.

No mundo globalizado, e cada vez mais diversificado, é inevitável a convivência de diversos grupos culturais em um mesmo espaço e, embora esta miscigenação traga alguns conflitos,

é nesse contexto que os indivíduos aprendem a tolerar outros costumes e podem criar sua própria identidade.

Para que exista um diálogo intercultural entre os indivíduos, é imprescindível a implementação de estratégias, principalmente em ambientes escolares, para que desde o início da vida do indivíduo este possa aprender a conviver com diferenças sociais e culturais. Além disso, é necessário por parte dos Estados a criação de políticas multiculturais e voltadas ao respeito da diversidade, objetivando a imposição de “barreiras à propagação da globalização hegemônica, de forma a propiciar diálogos entre as diferentes culturas, o respeito e a proteção das identidades culturais (Groff; Pagel, 2009, p. 15), de forma a favorecer a inclusão de pessoas que possuem características divergentes do padrão socialmente imposto na sociedade.

Os conflitos multiculturais e que necessitam de uma solução jurídica possuem cada vez mais relevância no cenário mundial, justamente em razão da garantia do respeito às diferenças e à identidade cultural.

Esta política multicultural deve sempre buscar se adaptar ao sistema social, fazendo com que a sociedade reconheça as diferenças existentes e a identidade de cada um, a fim de propiciar igualdade e harmonia entre os cidadãos (Groff; Pagel, 2009). Desta feita, a proteção à diversidade cultural se mostra essencial e pode ser feita das seguintes formas:

- (a) ao abrigo do conceito de patrimônio cultural imaterial;
- (b) ao abrigo da proteção dos interesses difusos e coletivos;
- (c) em face do art. 225, da Constituição Federal, que garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;
- (d) e da proteção de direitos autorais e liberdade de expressão. Esta proteção é bastante ampla para assegurar o cumprimento dos compromissos assumidos pelo Brasil quando da assinatura e ratificação da Convenção da Diversidade (Ranieri, 2008, p. 316).

Apesar dos instrumentos internacionais que objetivam a promoção do respeito às diversidades em suas mais diversas nuances, é necessária a adesão dos países para que estes mecanismos funcionem de maneira harmoniosa nos âmbitos nacional e internacional. Para que os países possam efetivamente investir no desenvolvimento e no respeito à cultura há a necessidade de demonstrar com a diversidade pode efetivamente contribuir para a geração de empregos, o desenvolvimento sustentável, o crescimento econômico (Dupin, 2015), entre outros indicadores que possam exprimir estatisticamente a real importância da cultura para o avanço e a evolução da sociedade.

Há anos o Brasil vem buscando desenvolver políticas inclusivas, objetivando respeitar e atender às diferenças existentes na sociedade, já que é imprescindível a identificação e o reconhecimento da cultura do indivíduo para a construção de sua própria identidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O multiculturalismo é um fenômeno que ocorre há muito tempo, mas ganhou expressividade no contexto da globalização. Desde o período das grandes navegações e da expansão do comércio, em que os grupos colonizadores dominaram e escravizaram outros grupos sociais, observa-se a ocorrência de uma miscigenação cultural e a formação de minorias sociais. Para viabilizar o respeito e a harmonia entre os povos é essencial o estudo da cultura, a fim de possibilitar o desenvolvimento de determinada região, ressaltando-se que a cultura se modifica de acordo com o período e com o espaço de determinada sociedade. A cultura é essencial ao desenvolvimento do ser humano, que conta com o poder de transformá-la ao longo do tempo.

O poder de transformação da cultura na sociedade está intimamente ligado à globalização, que propicia a troca de informações instantâneas na sociedade e, naturalmente, impõe padrões culturais de um grupo social sobre o outro, o que se evidencia como uma forma de impulsionar a cultura.

A globalização trouxe inúmeros benefícios à atual sociedade, no entanto, é imprescindível analisar os pontos negativos decorrentes do avanço tecnológico cada vez mais acelerado e que acarreta alguns embates culturais, sobretudo quando um grupo social tenta impor seus costumes sobre outro, influenciando até mesmo a forma de circulação de bens e serviços, o que causa impactos econômicos, políticos e sociais.

Quando um indivíduo ou um grupo social desrespeita outro indivíduo, fazendo comentários depreciativos, gestos ou insinuações acerca das características pessoais daquele, verifica-se a lesão à honra objetiva e uma ofensa flagrante à dignidade. Acrescenta-se que a ofensa pode ocorrer de forma presencial, virtual, por meio de imagens, textos etc.

É imprescindível que haja respeito mútuo entre os indivíduos, não apenas de um único grupo social, mas de toda a sociedade, independentemente das diferenças sociais, culturais, sexuais, políticas ou religiosas, uma vez que o respeito é a base essencial para regulamentar o equilíbrio entre as relações humanas.

No intuito de tentar minimizar os conflitos decorrentes das relações culturais existentes, em 2005, foi realizada a 33ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, com a aprovação da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, pela UNESCO, cujo objetivo principal é promover a igualdade e o respeito às diversidades culturais.

Ocorre que para garantir a efetividade internacional desta Convenção os países signatários devem elaborar políticas públicas internas de desenvolvimento e respeito às diferenças existentes na sociedade, a fim de viabilizar a cooperação internacional e, conseqüentemente, alcançar o bem comum da humanidade.

Tal cooperação e o estudo mais aprofundado acerca do fenômeno da globalização são essenciais, tendo em vista que é a partir da evolução social que novos direitos são formados, os quais devem ser tutelados pelo Poder Público. Além da implementação de políticas públicas e da cooperação entre os países para viabilizar a harmonização entre as diversas culturas, é necessária não apenas a apuração de atos e condutas discriminatórias e lesivas à moral alheia, mas também viabilizar o acesso à justiça de indivíduos que sofrem ataques direcionados às características que formam sua personalidade, de modo que tais condutas sejam devidamente repelidas e condenadas pelo Poder Judiciário

Por fim, nota-se que apesar das diferenças existentes e que tornam a sociedade multicultural, é necessário que estas sejam tratadas de maneira profícua, preferencialmente com o apoio e o fomento de políticas públicas aptas a garantirem a difusão e o respeito à cultura, independentemente do ambiente em que o indivíduo seja inserido.

6 REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2021.
- CASTRO, Celso (org.). **Evolucionismo cultural**: textos de Morgan, Tylor e Frazer. Tradução: Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- CHAUÍ, Marilena. Cultura e democracia. **Crítica y Emancipación**: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, ano 1, n. 1, p. 53-76, 2008. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/CyE/cye3S2a.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.
- CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Brasiliense, 1980.
- CHIAPPIN, José Raymundo Novaes. O paradigma de Huntington e o realismo político. **Lua Nova**, n.34,p. 37-191, 1994. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/M7Q4Y3WGjc6jZ3ZypVhGsYB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 fev. 2025.
- CUNHA, Raquel Cantarelli Vieira da. **Os conceitos de cultura e comunicação em Raymond Williams**. 2010. 109 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/8198/1/2010_RaquelCantarelliVieiradaCunha.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.
- DUPIN, Giselle. Dez anos da Convenção da Diversidade Cultural: contribuições para um balanço. In: KAUARK, Giuliana, BARROS, José Marcio; MIGUEZ, Paulo (orgs). **Diversidade cultural**:

políticas, visibilidades midiáticas e redes. Salvador: EDUFBA, 2015. p. 15-57. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/18127/3/DiversidadeCulturalPol%C3%ADticasVisibilidadesMidi%C3%A1ticasRedes-Cult22-EDUFBA.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

FRÓIS, Katja Plotz. Globalização e cultura a identidade no mundo de iguais. **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, n. 62, p. 1-9, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1201>. Acesso em: 4 fev. 2025.

GROFF, Paulo Vargas; PAGEL, Rogério. Multiculturalismo: direitos das minorias na era da globalização. **Direito e Humanidades**, n. 16, 2009. Disponível em: <https://blook.pt/publications/fulltext/37350ee35938/>. Acesso em: 22 fev. 2021.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LIMA, Luciana Piazzon Barbosa. Práticas culturais *on-line* e plataformas digitais: desafios para a diversidade cultural na internet. **Revista do Centro de Pesquisa e Formação**, São Paulo, n. 7, p. 90-107, 2018. Disponível em: https://www.sescsp.org.br/online/artigo/12689_LUCIANA+PIAZZON+BARBOSA+LIMA. Acesso em: 29 mar. 2021.

MANCEBO, Deise. Globalização, cultura e subjetividade: discussão a partir dos meios de comunicação de massa. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 18, n. 3, p. 289-295, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ptp/v18n3/a08v18n3.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2020.

MATTA, Roberto da. **Explorações**: ensaios de sociologia interpretativa. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Caroline. No Dia de Combate à Intolerância Religiosa há “pouco a comemorar”, diz liderança. **Brasil de Fato**, 21 jan. 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/01/21/no-dia-de-combate-a-intolerancia-religiosa-ha-pouco-a-comemorar-diz-lideranca>. Acesso em: 27 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade de Expressões Culturais**. 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

PASCUAL, Jordi. Notas sobre a diversidade cultural, a governança e as políticas locais. In: KAUARK, Giuliana; BARROS, José Marcio; MIGUEZ, Paulo (orgs.). **Diversidade cultural**: políticas, visibilidades midiáticas e redes. Salvador: EDUFBA, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/18127/3/DiversidadeCulturalPol%C3%ADticasVisibilidadesMidi%C3%A1ticasRedes-Cult22-EDUFBA.pdf>. pp. 93-114. Acesso em: 3 dez. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direitos Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A convenção sobre a proteção e a promoção da diversidade cultural

e a constituição brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 303-321, jan./dez. 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326694130_A_convencao_sobre_a_protecao_e_promocao_da_diversidade_cultural_e_a_constituicao_brasileira/link/5b5f9f6a0f7e9bc79a702d8c/download. Acesso em: 30 mar. 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Reconectar para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 18.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/gVYtTs3QQ33f63sjRR8ZDgp>. Acesso em: 8 fev. 2021.

SILVA, Sérgio Salustiano. **Identidades culturais na pós-modernidade**: um estudo da cultura de massa através do Grupo Casaca. Vitória: Faculdades Integradas São Pedro, 2004.

SOUZA, Rabindanath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

TELLES, Paulo Goffredo. **Ética**: do mundo da célula ao mundo dos valores. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEÓFILO, Anna Mayra Araújo; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Direitos humanos e multiculturalismo como horizontalização da justiça internacional no século XXI. In: FRANCA, Alessandra Correia Lima Macedo; BARZA, Eugenia Cristina Nilsen Ribeiro (coords.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 224-240. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=0a8e127a7b5717b3>. Acesso em: 10 mar. 2021.

YUDICE, George. Os desafios da diversidade cultural no novo milênio. In: KAUARK, Giuliana; BARROS, José Marcio; MIGUEZ, Paulo (orgs.). **Diversidade cultural**: políticas, visibilidades midiáticas e redes. Salvador: EDUFBA, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/18127/3/DiversidadeCulturalPol%C3%ADticasVisibilidadesMidi%C3%A1ticasRedes-Cult22-EDUFBA.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.

ENTRE GRADES E GÊNEROS: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A INCLUSÃO DA POPULAÇÃO LGBT+ NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Carla BERTONCINI¹
Laura Bianchi PICININ²
Renata Franciele TAVANTE³

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo analisar criticamente os desafios enfrentados pela população LGBT+ no sistema prisional brasileiro, à luz dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, marcado por violações, preconceito institucional e a ausência de efetivas políticas públicas específicas, além dos marcos teóricos que abordam a relação entre sexualidade, poder e direito. Parte-se da hipótese de que o sistema penitenciário reproduz e intensifica formas de violência institucional e simbólica contra sujeitos dissidentes de gênero e sexualidade, operando com base em uma normatividade heterocisgênica que nega reconhecimento às suas identidades. Utiliza-se abordagem qualitativa e método de estudo de caso com base em documentos oficiais, relatórios do CNJ e dados do DEPEN, bem como entendimentos jurisprudenciais, articulando a análise jurídica com teorias críticas como as de Judith Butler, Paul Preciado, Michel Foucault e Eder Van Pelt. Ao final, busca-se propor possíveis soluções para uma atuação jurídica comprometida com o reconhecimento e a proteção da diversidade humana no contexto da privação de liberdade no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. População LGBT+. Sistema prisional brasileiro. Reconhecimento. Exclusão.

ABSTRACT

This present article aims to critically examine the challenges faced by the LGBT+ population within the Brazilian prison system, through the lens of fundamental rights and human dignity. The analysis is grounded in a context marked by systemic violations, institutional prejudice, and a lack of effective, targeted public policies. It also draws on theoretical frameworks that explore the intersections of sexuality, power, and law. The central hypothesis is that the penitentiary system not only reproduces but also intensifies institutional and symbolic violence against individuals who deviate from normative gender and sexual identities. It operates within a heterocisnormative framework that systematically denies recognition of these identities. The study adopts a qualitative approach and a case study methodology, drawing on official documents, reports from the National Council of Justice (CNJ), data from the National Penitentiary Department (DEPEN), and relevant judicial decisions. The legal analysis is complemented by critical theoretical perspectives, including those of Judith Butler, Paul Preciado, Michel Foucault, and Eder Van Pelt. Ultimately, the article seeks to propose possible strategies for legal practices that genuinely embrace and protect human diversity within the context of incarceration in Brazil.

KEYWORDS: Human rights. LGBT+ population. Brazil's correctional system. Recognition. Marginalization.

1 Advogada. Professora do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Norte do Paraná (UENP). Link do Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/8287398590266450>>. E-mail: <carla.bertoncini@uenp.edu.br>.

2 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Norte do Paraná (UENP). Link do Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2151773841433821>>. E-mail: <laura_bianchi_picinin@hotmail.com>.

3 Advogada. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Norte do Paraná (UENP). Link do Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1727344419916093>>. E-mail: <renatatavante@gmail.com>.

1. INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro, marcado por superlotação, precariedade estrutural e violações sistemáticas de direitos, revela-se ainda mais excludente quando analisado sob a perspectiva das identidades de gênero e orientação sexual dissidentes. A população LGBTQ+, historicamente marginalizada nos espaços públicos e institucionais, sofre, no ambiente prisional, uma intensificação das violências simbólicas, psicológicas e físicas que enfrentam em liberdade. O contexto carcerário opera como um dispositivo disciplinar que reforça a heteronormatividade e a cisgneridade como padrões únicos de inteligibilidade dos sujeitos.

Ao tratar da exclusão de pessoas LGBTQ+ no cárcere, este artigo propõe um olhar crítico sobre a (in)efetividade do direito como instrumento de proteção e reconhecimento. A ausência de políticas públicas específicas, a omissão legislativa e a atuação judicial fragmentada revelam um quadro de invisibilidade institucional que precisa ser problematizado. A produção de subjetividades abjetas, a negação da identidade de gênero e os processos de medicalização e patologização dos corpos dissidentes são alguns dos elementos centrais da violência institucional enfrentada por essa população.

Este estudo insere-se no campo dos direitos humanos e das políticas públicas, articulando teoria jurídica, teoria queer e epistemologias críticas. Ao abordar a inclusão da população LGBTQ+ no sistema prisional não apenas como questão de segregação material, mas também como problema de reconhecimento simbólico e de efetivação de direitos fundamentais, pretende-se contribuir para o fortalecimento de uma agenda jurídica comprometida com a dignidade e a pluralidade.

Nos tópicos seguintes, será apresentado o marco teórico que sustenta a análise, a metodologia adotada e os resultados da investigação documental, finalizando com considerações voltadas à transformação das práticas institucionais e jurídicas em relação à população LGBTQ+ encarcerada.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Conceituação de Termos

A identidade de gênero de uma pessoa é alinhada com o sexo que lhe foi designado no momento do seu nascimento. Transgênero é um termo empregado para descrever uma variedade ampla de identidades de gênero, incluindo pessoas transexuais, travestis, crossdressers, pessoas que se identificam como terceiro gênero e outras cujas aparência e características são percebidas como

atípicas e cujo senso de seu próprio gênero é diferente daquele que lhe foi designado no momento do seu nascimento. Mulheres trans se identificam como mulheres, mas foram designadas homens quando nasceram, enquanto homens trans se identificam como homens, mas foram designadas mulheres quando nasceram.

A expressão de gênero é o modo pelo qual se expressa o gênero, por meio de ações e da aparência. A expressão de gênero pode ser qualquer combinação de masculino, feminino e andrógino e nem sempre está relacionado ao seu sexo biológico, à sua identidade de gênero ou à sua orientação sexual.

E cisgênero é um termo empregado para descrever as pessoas cujo senso de seu próprio gênero está alinhado com o sexo que lhe foi designado no momento do seu nascimento. Vale lembrar que a identidade de gênero é distinta da orientação sexual e das características sexuais.

Mulher transexual é a pessoa do gênero feminino, mesmo se tenha sido designada como pertencente ao sexo/gênero masculino ao nascer. Enquanto homem trans é a pessoa do gênero masculino, que foi designado como pertencente ao sexo/gênero. Ambos geralmente fazem uso de hormonioterapias, aplicações de silicone e/ou cirurgias plásticas.

Travesti é uma construção de gênero feminino oposta ao sexo designado no nascimento, seguido de uma construção física, que se identifica na vida social, familiar, cultural e interpessoal, através dessa identidade.

Orientação sexual refere-se à atração física, romântica e/ou emocional de uma pessoa em relação a outra. Heterossexuais são pessoas que têm sentimentos afetivos e atração sexual por outras pessoas com identidades de gênero diferente. Bissexuais são pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos os sexos, independentemente da identidade de gênero. Gay é uma denominação específica para homens que, independentemente da identidade de gênero, relacionam-se afetiva e sexualmente com outros homens, enquanto lésbica também é uma denominação específica, mas para mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras mulheres.

2.2 Gênero, Performatividade e Exclusão

A partir da teoria da performatividade proposta por Judith Butler (2003), compreende-se que o gênero não é uma identidade fixa ou essencial, mas uma construção discursiva reiterada por normas sociais que definem o que é inteligível como sujeito. No ambiente prisional, essa matriz normativa se cristaliza na divisão binária e rígida entre masculino e feminino, marginalizando as identidades trans, não binárias e queer, cuja existência não encontra reconhecimento institucional. Nesse sentido, a crítica de Butler é essencial para refletir a exclusão deste grupo vulnerável como resultado de um regime de inteligibilidade que opera pela negação da diferença.

Essa performatividade compulsória imposta pelo sistema penal cria uma estrutura que ignora a diversidade de identidades de gênero, tornando-se um mecanismo de exclusão institucional. O cárcere, ao classificar pessoas unicamente em “homens” e “mulheres” com base em critérios biológicos tradicionais, nega a possibilidade de reconhecimento de identidades trans e não conformes. Evidenciado por Butler (2015) como “quadros de reconhecimento”, isto é, marcos normativos que definem quem pode ser considerado sujeito de direitos.

Ademais, a imposição da performatividade cisgênero no sistema prisional não apenas silencia a diversidade, mas também produz corpos abjetos, ou seja, corpos considerados fora ou à margem das normas sociais e culturais impostas, muitas das vezes marginalizados ou invisibilizados pela sociedade, como aponta Butler em sua leitura foucaultiana do poder. Desta maneira, por não se “adequarem” ao modelo hegemônico de gênero, são considerados ameaçadores à ordem e, por isso, são punidos não apenas pela privação da liberdade, mas pela constante negação de sua existência.

Como desdobramento, tal lógica institucional não reconhece as especificidades da população LGBTQ+ no cárcere, acabando por agravar as violências simbólicas e materiais. Pessoas trans, por exemplo, são frequentemente alocadas em unidades prisionais incompatíveis com sua identidade de gênero, o que aumenta exponencialmente sua vulnerabilidade à violência sexual, ao isolamento e à tortura institucionalizada. Essa exclusão revela o caráter estrutural da violência de gênero no sistema prisional e reforça a necessidade de uma abordagem crítica que compreenda a performatividade como um campo de disputa política.

Ao ampliar o entendimento sobre as dimensões performativas do gênero e sua articulação com os dispositivos de controle social, torna-se possível problematizar os limites das políticas públicas atuais e os mecanismos jurídicos que se pretendem protetivos, mas que, na prática, reproduzem a lógica excludente do sistema prisional. Assim, o estudo da performatividade de gênero não apenas ilumina as formas de exclusão institucional, mas também oferece caminhos para a construção de políticas públicas de inclusão, baseadas no reconhecimento da pluralidade das identidades humanas e no princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3 Corpos Dissidentes e Farmacopornopolítica

Paul B. Preciado, ao propor o conceito de farmacopornopolítica, oferece uma leitura crítica sobre como os corpos são disciplinados e controlados por meio da intersecção entre tecnologias biomédicas, farmacológicas e dispositivos socioculturais ligados à sexualidade. Em suas obras “Manifesto Contrassexual” (2002) e “Um Apartamento em Urano” (2020), o autor argumenta que o regime moderno de poder não se limita à repressão direta da sexualidade, mas se desloca para formas mais sutis de governamentalidade, que atuam sobre os corpos desde dentro, por meio da

medicalização, da normatização e da vigilância institucionalizada.

No contexto do sistema prisional, a farmacopornopolítica manifesta-se na recusa ao acesso a tratamentos hormonais por pessoas trans, na patologização das identidades dissidentes e na imposição de condutas que reafirmam padrões heterocisnormativos. O Estado, ao exercer controle sobre os corpos encarcerados, regula não apenas a liberdade física, mas também a expressão de gênero e a autonomia corporal, estabelecendo um regime de punição simbólica, fisiológica e institucional.

Segundo Preciado, os corpos não são apenas sujeitos de repressão, como também produtos de tecnologias normativas que moldam comportamentos, desejos e subjetividades. O cárcere, como instituição biopolítica, funciona como um laboratório de experimentação da obediência, da vigilância e da normalização, operando sobre aqueles corpos que escapam à lógica binária de gênero e à matriz heterossexual compulsória imposta.

A partir disso, é possível compreender que o sistema penal brasileiro falha em garantir direitos básicos à população LGBTQ+ encarcerada e se constitui como um dispositivo ativo de produção da exclusão. O impedimento à hormonização, a ausência de protocolos de acolhimento às pessoas trans e a negligência com relação a sua identidade de gênero revelam como o cárcere opera dentro de um paradigma de gestão dos corpos dissidentes, gerando uma revitimização.

Assim, a ideologia de Preciado amplia a crítica foucaultiana ao introduzir a dimensão sexual e farmacológica no campo da biopolítica, evidenciando que a luta pelo reconhecimento e pela inclusão da população LGBTQ+ no sistema prisional passa necessariamente pela descolonização dos dispositivos de poder que incidem sobre os corpos e seus modos de existir. Exigindo, desta forma, uma reflexão sobre os fundamentos normativos do direito, da medicina e da política penal brasileira sob uma perspectiva verdadeiramente interseccional, libertadora e humana.

2.4 Dispositivos Disciplinares, Reconhecimento e Exclusão no Cárcere

A análise da exclusão da população LGBTQ+ no sistema prisional exige a compreensão das práticas institucionais que moldam as relações de poder no interior do cárcere. Ao invés de se basear na repressão direta, tais práticas operam por meio da imposição de normas e um pré julgamento que definem quais identidades são reconhecíveis e quais são sistematicamente marginalizadas.

Judith Butler (2003) contribui para essa discussão ao apresentar os “quadros de reconhecimento”, estruturas normativas que determinam quem pode ser considerado sujeito de direitos. Explica que quando os corpos LGBTQ+ não se encaixam nesses quadros, tornam-se vidas não reconhecíveis, submetidas à precariedade e à violência institucional. Desta forma, a ausência de

reconhecimento da identidade de gênero, a obrigatoriedade de conformidade com padrões cisnormativos e a negação do acesso a tratamentos hormonais ou à designação adequada em unidades prisionais não apenas punem, mas tentam reconfigurar os corpos para adequá-los a um modelo normativo hegemônico.

Eder Van Pelt (2022), ao abordar os “corpos em dissidência”, afirma que o direito opera historicamente como dispositivo de silenciamento das identidades não normativas. Defende a urgência de uma abordagem queer crítica do direito, capaz de tensionar os pilares das categorias jurídicas tradicionais de sujeito e corpo, denunciando as exclusões produzidas nos espaços institucionais, especialmente no sistema penal.

Fernando de Brito Alves (2009) também contribui ao propor uma fundamentação dos direitos das minorias que rompa com o paradigma formalista do direito, apontando que os sujeitos subalternizados devem ser compreendidos a partir de sua experiência histórica de exclusão. No sistema carcerário, isso implica reconhecer que as práticas institucionais reforçam desigualdades estruturais e perpetuam a invisibilização de corpos dissidentes.

Além disso, autores como Berenice Bento (2008) e Guacira Lopes Louro (2018) demonstram como a normatividade de gênero e de sexualidade é reiterada em instituições como escolas, hospitais e prisões, sendo estas últimas espaços de disciplinamento extremo, nos quais a negação da diversidade atua como mecanismo de controle e apagamento.

Nesse diapasão, a exclusão da população LGBTQ+ no sistema prisional brasileiro revela-se como uma falha estrutural do Estado em garantir os direitos fundamentais à dignidade, à identidade e à integridade física e psíquica. A ausência de reconhecimento legal e social dessas identidades produz um ciclo de vulnerabilização que reforça a marginalização e impede a efetivação de políticas públicas inclusivas.

Compreender o cárcere como um espaço de produção de exclusões normativas permite evidenciar que a violência contra pessoas LGBTQ+ privadas de liberdade não é um desvio da norma, e sim uma consequência lógica de um sistema que opera pela negação da diferença e pela imposição da cisheteronormatividade como padrão exclusivo e legitimado.

2.5 Direitos Humanos, Normatividade Jurídica e Interseccionalidade no Cárcere

A compreensão dos direitos humanos no contexto prisional exige a análise crítica das estruturas normativas que, muitas vezes, mais do que garantir proteção, operam como vetores de exclusão. No caso da comunidade LGBTQ+ encarcerada, os direitos fundamentais, tais como da identidade, da dignidade e da integridade encontram barreiras concretas em um sistema carcerário que reproduz padrões cisheteronormativos como forma legítima de organização social.

Flávia Piovesan (2017) destaca que os direitos humanos devem ser entendidos a partir da dignidade da pessoa humana, o que implica reconhecer a pluralidade de existências e garantir a proteção a todos os indivíduos, especialmente os historicamente vulnerabilizados. No entanto, como aponta Silvia Pimentel (2015), a aplicação desses direitos é frequentemente seletiva, refletindo hierarquias sociais e de gênero que se perpetuam nas práticas institucionais.

A teoria da interseccionalidade, formulada inicialmente por Kimberlé Crenshaw (1989) e expandida por autores como Patricia Hill Collins (2016), oferece ferramentas analíticas indispensáveis para compreender como diferentes marcadores sociais, como gênero, raça, classe e orientação sexual, que se articulam para produzir múltiplas camadas de opressão. Quanto ao cárcere, essa abordagem permite visualizar como as mulheres trans negras, por exemplo, são desproporcionalmente expostas à violência e negligência institucional.

Ao negligenciar tais interseccionalidades, o sistema jurídico falha em assegurar proteção adequada, limitando-se a uma leitura formalista da igualdade. Richard Miskolci (2012) aponta que a normatividade jurídica brasileira tende a reconhecer direitos apenas quando esses não desafiam os pilares do binarismo de gênero e da família heterossexual. Assim, corpos dissidentes são legalmente invisibilizados e suas demandas por reconhecimento são tratadas como exceções e não como parte da estrutura normativa.

Nesse sentido, é imprescindível que a análise da inclusão da população LGBTQ+ no sistema prisional, em especial o brasileiro, considere os limites da legalidade tradicional e proponha um modelo de justiça inclusivo que parta da escuta de experiências dissidentes. A superação da violência institucional passa, portanto, pela incorporação da perspectiva interseccional e pela reformulação das normas jurídicas a partir da centralidade dos direitos humanos e da dignidade plural.

Desta forma, o Direito, além de ser um instrumento de controle, revoluciona-se como uma ferramenta de transformação social, capaz de acolher a diversidade e enfrentar os mecanismos estruturais de exclusão que permeiam o cárcere brasileiro.

2.6 Invisibilidade Institucional e Políticas Públicas no Cárcere

A invisibilidade da comunidade LGBTQ+ nas instituições estatais é um fenômeno que se reproduz de forma aguda no sistema penitenciário brasileiro, de modo que não se restringe somente à ausência de dados estatísticos desagregados por identidade de gênero e orientação sexual, mas também se manifesta diante da omissão de políticas públicas específicas que atendam às necessidades desse grupo social vulnerável.

Segundo a pesquisa da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos

(ANADEP) e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), embora haja normativas nacionais e internacionais que recomendam a proteção das pessoas LGBT+ em privação de liberdade, sua implementação na prática é desigual, limitada e frequentemente desconsiderada pelas administrações penitenciárias. A Resolução nº 348/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que será tratada adiante, por exemplo, estabelece diretrizes para o tratamento de pessoas LGBTI privadas de liberdade, mas sua efetiva aplicação ainda encontra forte resistência nos presídios estaduais.

A resistência da supracitada aplicação se dá, em parte, por uma cultura institucional marcada pela cisheteronormatividade e por práticas discriminatórias estruturais que operam desde os processos de triagem na Delegacia de Polícia até a seara da execução penal. A ausência de capacitação dos órgãos institucionais, especialmente os agentes penitenciários, a falta de espaços adequados para o acolhimento de pessoas trans e a negação do direito à autodeterminação de gênero são exemplos concretos dessa lógica excludente.

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2020) mostram que 10.457 pessoas privadas de liberdade se autodeclararam LGBTI, incluindo 3.165 lésbicas, 2.821 gays, 3.487 bissexuais, 181 homens trans, 248 mulheres trans, 561 travestis e 14 intersexuais, revelando um contingente significativo cuja presença no sistema prisional desafia a invisibilidade imposta pela estrutura carcerária e a escassez de políticas públicas específicas.

Eduardo Morello, ao refletir sobre a custódia de travestis e mulheres trans, argumenta que a ausência de ambientes prisionais compatíveis com as identidades de gênero dessas pessoas configura uma violação sistemática dos direitos humanos, agravada pela omissão estatal na criação de alternativas que respeitem a autodeterminação de gênero e a dignidade da pessoa humana.

Autores como Paul Preciado (2020) e Eder Van Pelt (2022) destacam que o Estado, ao não reconhecer as identidades de gênero como legítimas fora do binarismo tradicional, perpetua a violência institucional sob a aparência de neutralidade, configurando como forma de epistemicídio, ou seja, a negação do saber e da existência do outro como legítimos dentro da ordem jurídica e social.

A carência de políticas públicas voltadas à essa população em específico no sistema prisional do Brasil revela também a insuficiência dos mecanismos tradicionais de justiça para enfrentar a complexidade das demandas dessa comunidade. É necessário ampliar o acesso formal aos direitos fundamentais, bem como a construção de mecanismos efetivos de participação dessa população na formulação de políticas que levem em consideração suas vivências e especificidades por parte do Estado.

Dessa forma, o enfrentamento à invisibilidade institucional perpassa por uma dupla

estratégia: o reconhecimento legal das identidades dissidentes, com respaldo normativo e orçamentário e a criação de políticas públicas transversais, formuladas a partir de uma perspectiva interseccional, descolonial e antidiscriminatória.

Dessarte, romper com a invisibilidade é um passo fundamental para a inclusão efetiva da população LGBTQ+ no cárcere brasileiro, contribuindo para a efetiva concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e para a reconstrução de uma justiça inclusiva verdadeiramente plural e democrática.

3. METODOLOGIA

O presente estudo adota uma abordagem qualitativa com aporte quantitativo, por meio da análise documental e da revisão bibliográfica sistemática. A opção metodológica se ancora na perspectiva crítico-dialética, que permite compreender as relações sociais de opressão e exclusão não apenas como fenômenos isolados, mas como expressões estruturais da sociedade e das instituições jurídicas e penais.

Trata-se de uma pesquisa empírica de base qualitativa, com base em análise a partir de dados públicos disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), de diretrizes normativas e relatos de violações documentadas por organizações como o IBCCRIM, ANADEP, GIAIS e CNJ, assim como entendimentos da jurisprudência brasileira.

4. ANÁLISE CRÍTICA DAS NORMAS E POLÍTICAS PÚBLICAS

A efetividade das normas e políticas públicas voltadas à comunidade LGBTQ+ no cárcere brasileiro ainda se revela incipiente diante da complexidade da realidade prisional. Apesar de avanços normativos, como a Resolução nº 348/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual possui o objetivo principal de orientar o Poder Judiciário e demais órgãos do sistema penal e socioeducativo na efetivação dos direitos dessa população LGBTQ+ em privação de liberdade ou submetida a medidas alternativas e socioeducativas, fornecendo-lhe diretrizes para o tratamento digno e inclusivo.

Todavia, os dados empíricos e diagnósticos institucionais revelam que sua implementação enfrenta obstáculos estruturais, como a resistência de agentes penitenciários, a ausência de suporte para capacitação permanente e a inexistência de espaços adequados para a população trans.

A análise das políticas públicas estaduais evidencia que poucas unidades federativas possuem regulamentações específicas voltadas à população LGBTQ+ no sistema prisional. Mesmo nos estados que implementaram normativas locais como São Paulo e Pernambuco, há denúncias frequentes de violações de direitos, o que demonstra a distância entre a norma e sua aplicação

efetiva (Jesus, 2020).

Além da fragilidade normativa, um dos grandes entraves está na ausência de orçamento público destinado à execução de políticas públicas inclusivas específicas no sistema prisional. A falta de investimento impede a construção de alas específicas, o fornecimento de materiais de higiene adequados, o respeito à identidade de gênero e a realização de ações informativas e cursos preparatórios com os servidores penitenciários.

Nesse contexto, a análise crítica das normas existentes deve considerar não apenas o seu conteúdo formal, mas também os mecanismos, ou a ausência deles, que asseguram sua aplicação prática, exigindo uma hermenêutica inclusiva, sensível às especificidades de gênero e de sexualidade, comprometida com os direitos humanos e fundamentais e com a dignidade da pessoa privada de liberdade.

A análise aqui desenvolvida evidencia que a persistência da cisheteronormatividade nas práticas institucionais penitenciárias desafia a efetivação dos direitos adquiridos, tornando imprescindível a criação de um modelo de gestão prisional que reconheça a diversidade sexual e de gênero como dimensão indissociável da política pública penal.

4.1 Normas Internacionais E Normas Internas Aplicáveis À População Lgbt+ No Sistema Prisional

Em âmbito internacional, as Regras de Tóquio (Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade), Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas) e Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras) são instituídas pela Organização das Nações Unidas (ONU) e representam importantes diretrizes internacionais voltadas à garantia dos direitos das pessoas privadas de liberdade. O Brasil, como signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos, deve não apenas respeitar tais regras e cumpri-las, mas também incorporá-las à sua legislação e à prática penitenciária. No entanto, a realidade do sistema prisional brasileiro frequentemente se mostra dissociada dessas diretrizes, especialmente quanto à população LGBT encarcerada.

Muito embora as Regras de Bangkok não tratem diretamente da comunidade LGBT+, elas reconhecem a necessidade de considerar identidades e vulnerabilidades específicas, como orientação sexual e identidade de gênero, levando em conta o tratamento dos presos e a história de discriminação na aplicação das regras e cuidados especiais à saúde, medidas que se amoldam perfeitamente à essa população, que sofrem exclusão social e institucional e necessitam de acesso a hormonioterapia, apoio psicossocial e atendimento digno. Enquanto as Regras de Mandela

sustentam a proibição de discriminação, o direito à integridade física e psíquica, e à atenção médica adequada, também aplicáveis à população LGBT.

Em suma, embora não haja legislação específica para a proteção dos direitos humanos da comunidade LGBT no cárcere, pode e deve ser aplicado, quando necessário, as regras supracitadas, tendo em vista que o Brasil é signatário dos tratados internacionais.

Na mesma linha, no âmbito internacional, os princípios de Yogyakarta dispõem que:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.

Os princípios de Yogyakarta reafirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, bem como reconhece que a orientação sexual e identidade de gênero são essenciais à dignidade humana, de modo que as pessoas LGBT+ enfrentam violações sistemáticas de direitos humanos como tortura, detenção arbitrária, discriminação e exclusão. Além disso, enfatiza a necessidade de aplicar normas jurídicas internacionais de forma coerente e sistemática a essas violações, direcionando a órgãos como ONU, governos, ONGs, mídia e instituições públicas e privadas em prol da promoção dos direitos das pessoas LGBT+, da revisão de leis discriminatórias e da educação contra o preconceito.

O marco normativo nacional voltado à proteção da população LGBT+ em privação de liberdade tem se ampliado nos últimos anos, especialmente a partir da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). O principal instrumento normativo em vigor é a retro mencionada Resolução nº 348/2020 do CNJ.

Além desta, outros marcos legais e institucionais complementam o arcabouço protetivo, como a Recomendação CNJ nº 62/2020, que trata da necessidade de medidas excepcionais de prevenção à COVID-19 no sistema prisional e menciona expressamente a situação de vulnerabilidade da população LGBTI e a Nota Técnica nº 1/2014 do DEPEN, que estabeleceu diretrizes para o acolhimento e o respeito à diversidade de orientação sexual e identidade de gênero no ambiente prisional.

Adicionalmente, o Plano Nacional de Políticas Penitenciárias e o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT (2013) constituem referências importantes, ainda que careçam de aplicação sistemática e fiscalização contínua. Ambos os planos preveem ações afirmativas para a população LGBT+ no sistema prisional, incluindo a construção de alas específicas, capacitação de servidores e garantia do direito à saúde integral, com atenção às especificidades da população trans.

No campo dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 assegura a dignidade

da pessoa humana (art. 1º, III), a igualdade (art. 5º, caput) e o respeito à integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX), o que impõe ao Estado o dever de garantir a efetividade desses direitos independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero dos indivíduos.

Entretanto, em que pese a existência de diversos dispositivos no âmbito internacional, na prática nem sempre há a efetiva garantia dos direitos fundamentais. Aliás, a aplicação e execução das normas internas tem se mostrado limitada, revelando a existência de um hiato entre o avanço formal das garantias legais e a cultura institucional predominante nos estabelecimentos prisionais. Em muitas unidades, especialmente aquelas de pequeno porte ou localizadas em regiões periféricas, até o momento prevalece a lógica da segregação, da negligência e da negação de direitos básicos às pessoas LGBTQ+ encarceradas.

Somam-se a isso os relatos de abusos, discriminações e violências praticadas por agentes penitenciários e por outros presos, reforçando a urgência de implementar mecanismos efetivos de prevenção e responsabilização. Ademais, a falta de dados estatísticos padronizados e de monitoramento nacional dificulta a avaliação do impacto das medidas adotadas e a formulação de políticas públicas eficazes.

Portanto, apesar da existência de normas nacionais importantes e progressistas, sua eficácia depende da incorporação desses dispositivos nas rotinas institucionais, da capacitação contínua dos profissionais que atuam no sistema de justiça e da fiscalização rigorosa por parte do Ministério Público, Defensorias Públicas e órgãos de controle. De modo que, na ausência de mecanismos de acompanhamento e responsabilização, há o risco de que as normas se limitem a meras declarações simbólicas, desprovidas de efetiva aplicação real.

4.2 Implementação Da Resolução Cnj Nº 348/2020 E Sua Eficácia

A Resolução nº 348/2020 do Conselho Nacional de Justiça representa um marco jurídico relevante para a proteção da população LGBTQI privada de liberdade, visando assegurar garantias mínimas relacionadas à identidade de gênero, ao respeito à dignidade e à integridade física e moral.

Tal Resolução aplica-se desde a audiência de custódia até a execução penal, incluindo a utilização do monitoramento eletrônico e medidas alternativas. Busca garantir, entre outros pontos, o direito à autodeterminação de gênero, o uso do nome social, a escolha do local de cumprimento da pena (compatível com a identidade de gênero) e a proteção contra violência física, psicológica e sexual.

Ademais, possui alguns principados especiais como a excepcionalidade da prisão, na qual a prisão preventiva deve ser evitada em casos de gestantes, mães, pais ou pessoas responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, inclusive LGBTQI e a não punição por identidade, como a

transferência entre unidades que não pode ser usada como castigo ou forma de controle e espaços específicos que não devem representar isolamento, perda de direitos ou condições inferiores. Da mesma forma, possuem garantias como direito à educação, ao trabalho e à saúde em igualdade de condições com os demais presos; acesso ao processo transexualizador e hormonização, conforme desejo da pessoa; direito à assistência religiosa, com respeito à identidade e consentimento; vestimentas e acessórios conforme identidade de gênero, por exemplo, roupas femininas para mulheres trans, uso de binder por homens trans e visitas íntimas e sociais, que devem respeitar a privacidade e não podem ser discriminatórias.

No entanto, sua implementação prática tem sido desigual e limitada, revelando desafios estruturais e institucionais significativos.

Levantamentos realizados por organizações da sociedade civil, como o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), apontam que, em muitos estados, a Resolução é desconhecida por agentes penitenciários e gestores do sistema prisional. A ausência de campanhas de divulgação, de normativas internas nas secretarias estaduais de administração penitenciária e de programas de capacitação contribui para a invisibilização do conteúdo da norma e para sua ineficácia. (IBCCRIM, 2022; ABGLT, 2022).

O Relatório Temático LGBTI nas Prisões Brasileiras (2022), elaborado pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), indica que a maioria das unidades prisionais não possui protocolos específicos de acolhimento à população trans, nem registros adequados de identidade de gênero, o que impede a plena garantia dos direitos estabelecidos na Resolução 348/2020. Em diversos casos, mulheres trans continuam sendo mantidas em unidades masculinas, contrariando expressamente as diretrizes normativas.

Aliás, o caráter não vinculante da Resolução CNJ nº 348/2020, embora normativa para o Judiciário, não obriga automaticamente os órgãos do Executivo estadual à sua aplicação, gerando um vácuo institucional que precisa ser superado por meio da incorporação dessas diretrizes nas leis estaduais, nos regimentos internos dos estabelecimentos prisionais e nos planos de metas das políticas públicas.

Vale salientar que a eficácia da Resolução também depende da atuação dos atores do sistema de justiça tais como juízes, promotores e defensores públicos em prol da fiscalização do cumprimento das garantias previstas.

Nesse sentido, decisões judiciais que negam a transferência de pessoas trans para unidades compatíveis com sua identidade de gênero, com base em argumentos de segurança ou ausência de estrutura, demonstram o descompasso entre o discurso jurídico e a prática institucional.

Posto isto, embora a Resolução CNJ nº 348/2020 represente um avanço formal no reconhecimento de direitos, sua eficácia exige uma articulação interinstitucional, o comprometimento político dos entes federativos e a mobilização de recursos para assegurar sua implementação integral e contínua. Na ausência dessas condições, os direitos permanecem restritos ao plano normativo, sem se efetivarem na realidade vivida pelas pessoas LGBTQ+ privadas de liberdade.

4.3 Políticas Estaduais E Práticas Exitosas: Mapeamento E Desafios

Embora as normas nacionais estabeleçam parâmetros importantes para a proteção da população LGBTQ+ no cárcere, a implementação dessas diretrizes depende, em grande medida, das políticas estaduais e da atuação dos gestores locais. Há uma expressiva heterogeneidade entre os estados da federação no que tange à criação e execução de políticas penitenciárias específicas para pessoas LGBTQI.

O estado de Pernambuco, por exemplo, foi pioneiro na instituição de unidades específicas para mulheres trans, como o Presídio de Igarassu, que abriga exclusivamente mulheres trans e travestis em cumprimento de pena. A experiência foi construída em parceria com movimentos sociais e contou com apoio da Secretaria Estadual de Justiça e Direitos Humanos, demonstrando a importância da articulação intersetorial. Outro exemplo positivo é o do estado de São Paulo, que estabeleceu a “Ala LGBTQ” na Penitenciária II de Tremembé, embora ainda enfrente críticas quanto à estrutura e à garantia de direitos efetivos.

Apesar desses avanços localizados, os desafios para replicar tais práticas em outras unidades da federação são imensos. Muitos estados sequer possuem dados atualizados sobre a população LGBTQI encarcerada, o que compromete a formulação de políticas públicas baseadas em evidências. Além disso, a falta de padronização e a ausência de um protocolo nacional de acolhimento contribuem para a descontinuidade e a precariedade das ações implementadas.

Outro obstáculo relevante é a resistência institucional e cultural à implementação de políticas públicas voltadas a grupos vulneráveis. A cultura organizacional nos estabelecimentos penais, fortemente marcada por normas patriarcais, heteronormativas e punitivistas, dificulta a consolidação de iniciativas que busquem garantir os direitos dessa população.

Para superar esses entraves, é necessário que o Governo Federal atue como coordenador das políticas penitenciárias, promovendo a disseminação de boas práticas, estabelecendo incentivos financeiros para os estados que adotarem diretrizes inclusivas e assegurando a participação da sociedade civil na elaboração, implementação e monitoramento das políticas públicas. Sem essa articulação federativa, os avanços permanecem restritos a iniciativas pontuais, insuficientes para a

transformação estrutural do sistema.

Destarte, o mapeamento das práticas exitosas deve servir como base para a formulação de uma política nacional unificada, capaz de assegurar a inclusão plena da população LGBTQ+ no sistema prisional brasileiro, respeitando sua dignidade, integridade e especificidades identitárias.

5. EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DE EXCLUSÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

A análise crítica das normas e políticas públicas deve ser complementada com dados empíricos que evidenciam a exclusão sistemática da população LGBTQ+ no interior das unidades prisionais brasileiras. O reconhecimento dessa realidade concreta é fundamental para fundamentar juridicamente e politicamente as reivindicações por inclusão, dignidade e respeito à diversidade sexual e de gênero no sistema penal. Para além da retórica dos direitos, é necessário enfrentar as práticas cotidianas que silenciam, violentam e marginalizam essa população. O sistema prisional, como expressão do poder punitivo do Estado, revela-se um espaço privilegiado para a reprodução de desigualdades estruturais, entre elas a LGBTQfobia institucionalizada.

A exclusão da população LGBTQ+ nas prisões não ocorre apenas de forma explícita, como em casos de violência direta e institucional. Também se manifesta de maneira estrutural, pela ausência de protocolos específicos, pela ineficácia das políticas públicas existentes e pela omissão dos agentes do Estado diante das necessidades básicas dessa população, revelando-se tanto no cotidiano das unidades prisionais como na ausência de representatividade e voz dessas pessoas nos espaços de controle e monitoramento do sistema penitenciário.

Ademais, os poucos avanços normativos e jurisprudenciais não têm sido acompanhados por uma transformação substancial nas estruturas e práticas institucionais. A permanência de práticas discriminatórias e de exclusão demonstra que o reconhecimento formal de direitos não é suficiente quando não há políticas públicas de efetivação, monitoramento e responsabilização. A invisibilidade da população LGBTQ+ nos relatórios, pesquisas oficiais e estatísticas alimenta a falsa percepção de que sua situação está sob controle ou que sua existência é marginal no contexto prisional, quando na verdade revela um padrão sistemático de apagamento e negligência estatal.

Por fim, deve-se reconhecer que a ausência de dados confiáveis e a escassez de estudos empíricos aprofundados dificultam o controle social, a elaboração de políticas públicas e o enfrentamento eficaz das violações de direitos humanos no sistema carcerário. A superação dessa realidade demanda uma abordagem interseccional, que considere as múltiplas vulnerabilidades enfrentadas pelas pessoas LGBTQ+ privadas de liberdade e promova o respeito às suas identidades como condição inegociável para o cumprimento da dignidade humana.

5.1 Dados do Depen e Perfil da População Lgbt+ Privada de Liberdade

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), há um crescente reconhecimento da presença de pessoas LGBTI no sistema prisional. No entanto, os dados ainda são subnotificados, imprecisos e muitas vezes invisibilizados pelos formulários oficiais. A ausência de mecanismos padronizados de coleta de dados sobre identidade de gênero e orientação sexual dificulta a formulação de políticas públicas específicas, configurando uma forma de apagamento e omissão institucional.

De acordo com o Boletim do DEPEN de 2020, havia cerca de 9.000 pessoas LGBTI privadas de liberdade no Brasil, sendo a maior parte composta por travestis, mulheres e homens trans. Estima-se que essas pessoas representem aproximadamente 1,3% do total da população carcerária, número que tende a ser superior na realidade, considerando que muitas pessoas ocultam sua identidade de gênero ou orientação sexual por medo de violência e discriminação.

Além da invisibilidade estatística, há a dificuldade de acesso a direitos básicos no sistema prisional. Os dados disponíveis não detalham, por exemplo, quantas pessoas trans têm acesso a hormonização, quantas são alocadas em unidades compatíveis com sua identidade de gênero ou quantas registram queixas de violência, demonstrando que essa opacidade institucional dificulta o controle social e jurídico das condições enfrentadas por essa população.

Conforme aponta o Relatório do MDHC (2023), o perfil da população LGBTI encarcerada revela uma sobreposição de vulnerabilidades, sendo majoritariamente negra, jovem e com baixa escolaridade, o que intensifica processos de exclusão social e revitimização no cárcere (Jesus, 2020; Almeida, 2023).

Essas informações parciais e insuficientes contrastam com o papel constitucional do Estado de promover a dignidade da pessoa humana e a igualdade de direitos. De modo que, a inexistência de protocolos de registro e monitoramento da população LGBT+ sob custódia penal contribui para o agravamento das violações de direitos, pois impede a construção de políticas públicas baseadas em evidências. Também dificulta a atuação de órgãos fiscalizadores, do Ministério Público e da Defensoria Pública, que carecem de dados concretos para promover a tutela coletiva e sistêmica desses indivíduos.

Diante desse cenário, torna-se imprescindível a reformulação das ferramentas de coleta de dados e o reconhecimento oficial da diversidade de gênero e de sexualidade no sistema prisional brasileiro. Sem dados concretos, não há possibilidade de diagnóstico preciso, tampouco de elaboração de políticas públicas efetivas e inovadoras.

5.2 Estudo de Casos e a Experiência Relatada nos Espaços de Privação de Liberdade

Para além dos dados estatísticos, os depoimentos de pessoas LGBTQ+ encarceradas revelam as nuances da exclusão, da humilhação e da violência que marcam suas rotinas no cárcere brasileiro. Relatos colhidos por organizações como a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) demonstram que a invisibilidade institucional se converte, na prática, em abandono, em violação da dignidade e em intensificação da punição.

Estudos de caso demonstram a recorrência de situações como a alocação de pessoas trans em alas incompatíveis com sua identidade de gênero, ausência de acesso a itens de higiene pessoal específicos, falta de acompanhamento médico adequado para processos de transição hormonal e negligência diante de episódios de violência sexual. Tais situações são registradas não apenas como violações pontuais, mas como expressão de uma cultura institucional que ainda opera sob a lógica da heteronormatividade compulsória e da cisnormatividade como padrão.

Além disso, há o impacto psicológico gerado por práticas discriminatórias sutis e constantes, como o uso sistemático do nome civil em vez do nome social, a recusa em respeitar pronomes e identidades de gênero, e a omissão do Estado diante de denúncias internas. A literatura nacional tem evidenciado que essas formas de violência simbólica produzem sofrimento psíquico duradouro e reforçam a sensação de abandono e não pertencimento dessas pessoas à própria comunidade prisional.

Eduardo Morello (2021), ao analisar entrevistas com pessoas trans presas em unidades masculinas, enfatiza que a maior parte dessas pessoas prefere a reclusão total à convivência em pavilhões comuns, dada a intensidade das violências sofridas. Essa escolha revela o grau de vulnerabilidade e desproteção estrutural a que estão submetidas, uma vez que a segregação acaba sendo vista como única forma de sobrevivência.

A Cadeia Pública de Toledo, cidade do Paraná, junto à Polícia Penal do Paraná, têm seguido integralmente as diretrizes da Resolução do CNJ, assegurando o respeito à identidade de gênero, à dignidade e à integridade física e psíquica das mulheres trans custodiadas, bem como desenvolvendo políticas afirmativas voltadas à população LGBTQIAPN+, com foco especial em mulheres trans privadas de liberdade, grupo historicamente mais exposto à violência, adotando a individualização da pena, separando as pessoas privadas de liberdade por perfil, tipo de crime, fase do processo penal ou vínculo com organizações criminosas. Favorecendo, desta forma, o controle institucional, a redução das tensões nas unidades e contribuindo para a segurança de custodiados e servidores públicos.

Um relato do interior da supracitada Cadeia foi de Marli, uma mulher transexual, negra e soropositivo há 20 anos, a qual informou que mesmo privada de liberdade, sua situação melhorou quando foi transferida para uma unidade voltada às pessoas LGBTQIAPN+, na região Oeste do Estado, mas que atualmente abriga especificamente mulheres trans. Mencionou: “aqui na Cadeia Pública de Toledo somos tratadas com respeito e temos acesso a atendimento psicológico, assistência social, trabalho, cursos e projetos de reinserção social. É uma experiência nova para mim”.

Esses relatos e estudos de caso têm um papel fundamental na denúncia das violações sistemáticas e na produção de conhecimento situado. Ao dar visibilidade às experiências subjetivas das pessoas LGBTQ+ no cárcere do Brasil, rompe-se o silêncio institucional e cria-se um espaço legítimo de reivindicação de direitos. Reconhecer essas vozes é, portanto, um passo essencial na construção de um sistema de justiça mais democrático, plural e verdadeiramente comprometido com a dignidade humana.

5.3 Invisibilidade Como Política Institucional: Omissão, Silenciamento e Apagamento

A invisibilidade da população LGBTQ+ privada de liberdade não é apenas um efeito colateral do sistema prisional brasileiro, mas frequentemente opera como uma verdadeira política institucional de apagamento frente à ausência de dados desagregados, pela recusa em reconhecer identidades de gênero não cisnormativas, pela omissão estatal especialmente quanto à fiscalização no tratamento dessa comunidade no interior do cárcere e à formulação e implementação de políticas públicas específicas. De forma que, tal escolha política perpetua a marginalização e impede o reconhecimento pleno da cidadania dessas pessoas.

O silenciamento imposto à população LGBTQ+ no cárcere é reproduzido também nos espaços de formulação normativa e nos discursos oficiais. Inclusive em relatórios institucionais que se propõem a abordar direitos humanos no sistema prisional, as especificidades da vivência LGBTQ+ são muitas vezes reduzidas a notas de rodapé ou ignoradas por completo. Esse apagamento simbólico é tão violento quanto a omissão material, tendo em vista que reforça a ideia da não importância quanto à esse grupo vulnerável e o mérito à visibilidade.

Autores como Preciado (2020) e Van Pelt (2022) destacam que os corpos dissidentes, quando não enquadrados nos padrões hegemônicos, tornam-se alvos de tecnologias disciplinares que visam controlar, corrigir ou eliminar a diferença. Em relação ao cárcere, essas tecnologias se manifestam na recusa ao nome social, na negação de acessos básicos à saúde transespecífica, na invisibilidade dos registros e no desrespeito às decisões judiciais que determinam tratamento digno. A invisibilidade, portanto, é uma forma de violência institucionalizada.

Essa violência também se expressa na linguagem institucional e na burocracia carcerária. O não reconhecimento de identidades de gênero diversas compromete a dignidade das pessoas presas e também impede que seus direitos mais básicos sejam efetivados. A ausência de protocolos para o acolhimento de pessoas LGBTQ+, por exemplo, reforça a cisheteronormatividade como norma estruturante do sistema, desconsiderando as necessidades específicas dessa população.

A omissão também se materializa na escassez de capacitação dos profissionais que atuam no sistema prisional, que muitas vezes não recebem formação adequada sobre diversidade sexual e de gênero. Essa ausência de preparo contribui para a perpetuação de estigmas e para a reprodução de práticas discriminatórias, agravando a vulnerabilidade das pessoas LGBTQ+ presas. Acrescenta-se a isso o despreparo técnico-jurídico das instituições estatais para interpretar normas com base no princípio da dignidade da pessoa humana em sua plenitude, incluindo o direito à identidade de gênero e à orientação sexual.

Um contraponto relevante pode ser observado na Penitenciária Feminina de Tupi Paulista, conforme relatado por Eduardo Morello Ferreira, onde as práticas de inclusão têm sido adotadas com relativo êxito. Segundo Morello, essa unidade permite que pessoas LGBTQ+ expressem sua identidade de gênero e orientação sexual, inclusive mantendo vínculos afetivos dentro da prisão, mediante a realização de rodas de conversa e atividades educativas voltadas à cidadania, promovendo um ambiente institucional mais acolhedor e respeitoso às diferenças. Ainda que pontual, tal experiência demonstra que alternativas são possíveis quando há compromisso político e institucional com os direitos humanos.

A lógica institucional de apagamento tem como consequência direta a perpetuação da violência estrutural, de modo que, ao negar visibilidade, o sistema também nega a proteção, a assistência, a justiça e a reparação. A invisibilidade institucional não é neutra, ela fortalece a ideia de que as pessoas LGBTQ+ encarceradas estão fora do pacto de cidadania e, portanto, fora do escopo de proteção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, a invisibilidade não é meramente a ausência de políticas, mas a presença ativa de estruturas que produzem e sustentam o não reconhecimento. Combater essa invisibilidade exige que o Estado assuma sua responsabilidade institucional e promova mudanças estruturais orientadas pela dignidade humana, pelo respeito à diversidade e pela efetivação dos direitos fundamentais. É crucial a adoção de políticas afirmativas, a construção de protocolos inclusivos, bem como seu cumprimento, a revisão das práticas institucionais e o reconhecimento pleno da subjetividade e da humanidade das pessoas LGBTQ+ no sistema prisional brasileiro.

6. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Em 13 de março de 2019, no julgamento do HC 497.226/RS, o Ministro Rogério Schietti Cruz concedeu a imediata transferência da paciente para estabelecimento prisional compatível com sua identidade de gênero, tendo em vista a falta de espaço próprio, a permanência no período noturno em alojamento ocupado por presos do sexo masculino, em ambiente, portanto, notória e absolutamente impróprio para quem se identifica e se comporta como transexual feminino, colocando-a sob iminente risco de sofrer violência psíquica, moral, física e, quiçá, sexual, como acentuado pela impetrante, riscos esses que, como é público e notório, efetivamente se fazem presentes, dada a característica ainda patriarcal e preconceituosa de boa parte de nossa sociedade, agravada pela promiscuidade que caracteriza ambientes carcerários masculinos, decidindo:

[...] “À vista do exposto, concedo a liminar para determinar a colocação da paciente em espaço próprio, compatível com sua identidade de gênero, separada dos homens e mulheres que cumprem pena no Presídio Estadual de Cruz Alta. Não sendo, como tudo indica, possível o imediato atendimento desta determinação, deverá a paciente ser colocada na ala feminina no presídio, preferencialmente em cela individual. Sem embargo, na eventual falta de condições para o atendimento também desta determinação – fiando-me no prudente arbítrio da douta autoridade judiciária competente – determino que se apliquem, então, os parâmetros fixados no RE n. 641.320/RS.”

Baseou-se ainda nos princípios de Yogyakarta, nos preceitos da Constituição Federal e na Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, que versa:

Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

§ 1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

§ 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas. Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

No ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF), em razão da diversidade de gênero e da igualdade material, havia concedido medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 527, para que pessoas presas transexuais e travestis com identidade de gênero feminino possam escolher cumprir a pena em estabelecimentos prisionais femininos ou masculinos. Assim também determina o artigo 8º da Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 348/2020. Portanto, é dever do Judiciário indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas. (STJ. HC 861.817-SC, Rel. Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador convocado do TJDF, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 6/2/2024, DJe 15/2/2024).

No informativo 801, o Superior Tribunal de Justiça declarou ser dever do Judiciário indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO. LIBERDADE SEXUAL E DE GÊNERO. DIVERSIDADE DE GÊNERO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL. PRESÍDIO FEMININO COM ESTRUTURA PARA RECEBER MULHER TRANSGÊNERO. ESCOLHA DA PESSOA PRESA.

1. A determinação do local do cumprimento da pena da pessoa transgênero não é um exercício de livre discricionariedade da julgadora ou do julgador, mas sim uma análise substancial das circunstâncias que tem por objeto resguardar a liberdade sexual e de gênero, a integridade física e a vida das pessoas transgênero presas, haja vista que o art. 7º da Resolução CNJ n. 348/2020 determina que a referida decisão "será proferida após questionamento da preferência da pessoa presa". Assim, o órgão estatal judicial responsável pelo acompanhamento da execução da pena não deve ter por objeto resguardar supostos constrangimentos das agentes carcerárias, pois, para isso, o Estado tem outros órgãos e outros instrumentos, que, inclusive, utilizam a força e a violência; e, por isso, é objetivo do Judiciário resguardar a vida e a integridade físicas das pessoas presas, respeitando a diversidade de gênero e a liberdade sexual.

2. O Supremo Tribunal Federal (STF), em 2019, em razão da diversidade de gênero e da igualdade material, havia concedido medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 527, para que pessoas presas transexuais e travestis com identidade de gênero feminino possam escolher cumprir a pena em estabelecimentos prisionais femininos ou masculinos. Assim também determina o art. 8º da Resolução CNJ n. 348/2020.

3. É dever do Judiciário indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas.

4. Habeas corpus concedido para, restabelecendo a primeira decisão do órgão judicial de primeira instância, determinar que seja expedido o alvará de soltura, e que seja mantida a prisão domiciliar da paciente (STJ. 6ª Turma. HC 861.817-SC, Rel. Min. Jesuíno Rissato – Desembargador convocado do TJDF – DJ: 6.2.2024).

Em caso de mulher trans condenada, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 641.320/RS, definiu os seguintes parâmetros:

- a) A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;
- b) Os juízes da execução penal podem avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (conforme artigo 33, §1º, alíneas “b” e “c”, do Código Penal). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado.
- c) Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se:
 - (I) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas;
 - (II) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas;
 - (III) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.
- d) Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado (STF. Plenário. RE 641.320/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/5/2016 – Repercussão Geral Tema 423 – Informativo 825).

Posteriormente, houve a edição da Súmula Vinculante nº 56:

“A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641.320/RS”.

Todavia, em locais que não houver colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, no caso em tela, o juiz determinou que fique em “regime semiaberto harmonizado”, ou seja, em prisão domiciliar.

Nesse diapasão, é o entendimento do magistrado Jamil Chaim Alves:

“Denomina-se regime semiaberto harmonizado ou regime aberto harmonizado aquele cumprido em prisão domiciliar e/ou mediante monitoramento eletrônico, em razão da falta de vagas no estabelecimento prisional adequado”. (Alves, Jamil Chaim. **Manual de Direito Penal** - Parte Geral e Parte Especial /– 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 545).

Inclusive o artigo 7º da Resolução nº 348/2020 do CNJ aponta:

Art. 7º Em caso de prisão da pessoa autodeclarada parte da população LGBTI, o local de privação de liberdade será definido pelo magistrado em decisão fundamentada.

§ 1º A decisão que determinar o local de privação de liberdade será proferida após questionamento da preferência da pessoa presa, nos termos do art. 8º, o qual poderá se dar em qualquer momento do processo penal ou execução da pena, assegurada, ainda, a possibilidade de alteração do local, em atenção aos objetivos previstos no art. 2º desta Resolução (Resolução n. 366, de 20/01/2021)

§ 1º - A. A possibilidade de manifestação da preferência quanto ao local de privação de liberdade e de sua alteração deverá ser informada expressamente à pessoa pertencente à população LGBTI no momento da auto declaração. (Resolução n. 366, de 20/01/2021).

Desta forma, em que pese a discricionariedade do magistrado, a determinação do local do cumprimento da pena da pessoa transgênero deve ser feita sob uma análise substancial das circunstâncias que tem por objeto resguardar a liberdade sexual e de gênero, a integridade física e a vida das pessoas transgênero presas. Enquanto o órgão estatal judicial responsável pelo acompanhamento da execução da pena deve resguardar a vida e a integridade física dessas pessoas, respeitando a diversidade de gênero e a liberdade sexual.

Outrossim, os Tribunais Superiores já possuem entendimento no sentido de que é possível a mudança de nome e de gênero nos registros públicos, independentemente da realização da cirurgia de transgenitalização ou mesmo de autorização judicial.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4.275/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de alteração de nome e gênero no assentamento de registro civil, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo tampouco necessidade de requerer a autorização judicial para tanto.

DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE

Recentemente, em 26 de maio de 2025, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Habeas Corpus nº 955.966/DF, tratou acerca da transferência de uma mulher transgênero do presídio masculino para a Penitenciária Feminina do Distrito Federal. A decisão reconheceu e concedeu ordem de ofício para garantir a transferência de Samantha Batista Almeida, mulher trans, para presídio compatível com sua identidade de gênero. A paciente havia solicitado retorno à ala de mulheres trans da Penitenciária Feminina do DF (PFDF), direito assegurado pela Resolução CNJ 348/2020, mas que foi indeferido sob o argumento de “instabilidade institucional”.

O relator reconheceu constrangimento ilegal, pois a identidade de gênero da pessoa presa deve ser respeitada, tendo como embasamento legal a Resolução nº 348/2020, a ADPF 527/STF, bem como precedentes do STJ, dentre eles o julgamento do Habeas Corpus 894.227/SP, no sentido de que é ilegal colocar uma presa trans em presídio destinado a homens quando a pessoa tiver manifestado desejo de cumprir a pena em estabelecimento feminino.

Ademais, o ministro enfatizou que o fato de a presa ter sido transferida inicialmente para o presídio feminino e não ter se adaptado não é justificativa válida para negar a solicitação de nova transferência.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise realizada ao longo deste artigo permitiu evidenciar que a população LGBTQ+ privada de liberdade ocupa uma posição de extrema vulnerabilidade dentro do sistema prisional brasileiro. A ausência de políticas públicas eficazes, a insuficiência de dados oficiais, a escassez de protocolos institucionais inclusivos e a presença de práticas discriminatórias revelam um cenário estrutural de exclusão e apagamento. Tal contexto reflete a permanência de lógicas cisheteronormativas profundamente arraigadas na cultura institucional penal.

Observou-se que a invisibilidade das pessoas LGBTQ+ encarceradas não se configura como um fenômeno aleatório, mas como resultado de escolhas políticas e institucionais que priorizam a manutenção da ordem normativa hegemônica em detrimento da dignidade e da diversidade humanas. As tecnologias disciplinares que atuam sobre os corpos dissidentes nas prisões brasileiras operam silenciosamente, mas com intensidade, promovendo violações de direitos e dificultando o acesso a garantias fundamentais, como a identidade de gênero, o nome social, a saúde específica e a integridade física e psicológica.

Contudo, experiências positivas, como a da Penitenciária Feminina de Tupi Paulista, apontam caminhos possíveis e demonstram que a inclusão é viável quando há articulação entre

gestão prisional, formação adequada de servidores e abertura institucional à escuta das demandas da comunidade LGBTQ+.

Nesse sentido, é fundamental que o Estado brasileiro, por meio do Poder Público e das instituições de justiça, assume seu dever constitucional de proteger e promover os direitos de todos os cidadãos, especialmente daqueles que, por sua condição histórica de marginalização, encontram-se em situação de maior risco. A construção de políticas públicas de inclusão no cárcere exige a superação de preconceitos estruturais, a efetivação dos direitos fundamentais e o fortalecimento de mecanismos de controle social e judicial das práticas institucionais.

Por fim, este trabalho reforça a necessidade de ampliar o debate acadêmico, jurídico e político sobre a presença da população LGBTQ+ no cárcere, reconhecendo sua existência e exigindo sua visibilidade. Afinal, lutar por reconhecimento e dignidade dentro das prisões é lutar pela humanização do próprio sistema de justiça e por uma sociedade verdadeiramente democrática e plural.

Apesar de avanços normativos e da crescente visibilidade das pautas da comunidade LGBTQ+ no âmbito dos direitos humanos, a inclusão efetiva dessas pessoas, especialmente transexuais e travestis, no sistema prisional brasileiro ainda é marcada por omissões, violências e desafios estruturais. Nesse contexto, pairam as reflexões de como o Estado brasileiro tem garantido ou mitigado os direitos fundamentais dessas pessoas privadas de liberdade, de que forma o sistema prisional reconhece ou nega as identidades de gênero e orientações sexuais dissidentes, seja por meio da alocação em celas específicas, acesso à saúde, respeito à identidade de gênero, ou proteção contra abusos físicos e psicológicos.

REFERÊNCIAS

Abglt. Nota Técnica sobre a aplicação da Resolução CNPCP nº 348/2020. Brasília: ABGLT, 2022. Disponível em: <<https://abglt.org.br/>>. Acesso em: 25 jun. 2025.

Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. 3ª ed. São Paulo: Pólen, 2023.

Alves, Jamil Chaim. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p. 545.

Bento, Berenice. **O que é transexualidade**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 2008.

Butler, Judith P. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Cadeia Pública de Toledo vira unidade de referência de mulheres trans no sistema penal. **DEPPEN/PR**. Publicado em: 1 jul. 2025. Disponível em: <<https://www.deppen.pr.gov.br/Noticia/Cadeia-Publica-de-Toledo-vira-unidade-de-referencia-de-mulheres-trans-no-sistema-penal>>. Acesso em: 3 jul. 2025.

Cavalcante, Márcio André Lopes. É dever do Judiciário indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica. **Dizer o Direito**. Publicado em: 18 mar. 2024. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2024/03/e-dever-do-judiciario-indagar-pessoa.html>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

Collins, Patricia Hill; Bilge, Sirma. **Intersectionality**. Cambridge: Polity Press, 2016.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Pessoas LGBTI no Sistema Penal: cartilha para implementação da Resolução CNJ nº 348/2020. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/02/pessoas-lgbti-penal-cartilha-para-implementacao-resolucao-348-2020.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 348, de 13 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

Crenshaw, Kimberlé. **Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics**. University of Chicago Legal Forum, 1989.

Ferreira, Eduardo Morello. Penitenciária Feminina de Tupi Paulista/SP e a custódia de pessoas LGBTI+. **Revista Brasileira de Execução Penal (RBEP)**, v. 2, n. 2, jul./dez. 2021. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/admin%252C+Penitenci%25C3%25A1ria+Feminina+de+Tupi+PaulistaSP+e+a+cust%25C3%25B3dia+de+pessoas+LGBTI%252B.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

Ibccrim. Grupo de Trabalho Gênero e Diversidade Sexual — Relatórios e Notas Técnicas. São Paulo: IBCCRIM, 2022. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em: 25 jun. 2025.

Jesus, Jaqueline Gomes de. LGBTfobia institucional: a discriminação na cadeia e a produção da violência estatal. In: JESUS, Jaqueline Gomes de (org.). Cidadania e violências contra LGBT+. Brasília: **Editora UnB**, 2020. Disponível em: <<https://www.editora.unb.br/>>. Acesso em: 25 jun. 2025.

Louro, Guacira Lopes. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Nova edição. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

Mendes, E. S.; Pazó, C. G. O sistema prisional brasileiro e dignidade das pessoas transexuais, travestis e transgêneros: um estudo de caso do Habeas Corpus nº 497.226/RS. **Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito, Centro de Ciências Jurídicas** - Universidade Federal da Paraíba, v. 8, n. 3, p. 193-194, 2019.

Miskolci, Richard. **Teoria queer: um aprendizado pelas diferenças**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

Piovesan, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Preciado, Paul B. **Manifesto contrassexual: práticas subversivas de identidade sexual**. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

Preciado, Paul B. **Um apartamento em Urano: crônicas da travessia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <https://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2025.

Relatório de Presos LGBTI em 2022. **Governo Federal.** Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/populacao-carceraria/presos-lgbti/presos-lgbti-2022.pdf/view>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Brasília: SEDH, 2009. Disponível em: <<https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/LGBTI/Plano%20Nacional%20de%20Promo%C3%A7%C3%A3o%20da%20Cidadania%20e%20Direitos%20Humanos%20LGBTI.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 861817/SC. STJ. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&O=RR&preConsultaPP=000008854%2F0&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

Van Pelt, Eder. **Encruzilhadas queer no direito.** Belo Horizonte: Devires, 2022.

JULGAMENTO COM PERSPECTIVA RACIAL: UMA ANÁLISE DO ASSÉDIO MORAL RACIALIZADO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Edinilson Donisete MACHADO¹

Lívia Grasselli de Oliveira Gomes OTANI²

Marcela Luísa FOLONI³

RESUMO

O presente artigo analisa a aplicação dos protocolos antidiscriminatórios no julgamento de casos de assédio moral racializado nas relações de trabalho, em especial das mulheres negras que desenvolvem trabalho de cuidado. Parte-se da constatação de que essas trabalhadoras ocupam uma posição historicamente marginalizada, resultado do legado escravocrata brasileiro. O estudo desenvolve-se a partir de uma abordagem descritiva e exploratória sobre o assédio moral e sua coexistência com gênero e raça, e tem como finalidade responder a seguinte problemática: “Os protocolos antidiscriminatórios estão sendo utilizados para julgar o assédio moral racializado nas relações de trabalho?” Para isso, a metodologia adotada foi a revisão bibliográfica e análise qualitativa do Recurso Ordinário Trabalhista nº 0000570-49.2023.5.09.0892, julgado pelo TRT da 9ª Região. Conclui-se, ainda que de forma preliminar, que embora recentes, tais protocolos vêm sendo utilizados como ferramentas importantes na efetivação da justiça social e no enfrentamento do racismo estrutural no ambiente de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio moral; assédio moral racializado; protocolos antidiscriminatórios; relações de trabalho.

ABSTRACT

This article analyzes the application of anti-discrimination protocols in the judgment of cases of racialized bullying in employment relationships, particularly involving Black women who perform

- 1 Possui graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1987), Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2000) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Atualmente é professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM e da Universidade Estadual Norte do Paraná, na graduação e na pós-graduação. No UNIVEM é Coordenador do curso de graduação em Direito, Coordenador dos Programas Lato Sensu em Direito e Vice Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, onde também faz parte da Comissão de Pesquisa do Campus de Jacarezinho. Foi Procurador Seccional da União em Marília e Diretor da Faculdade de Direito, da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Tem experiência na gestão acadêmica e na docência superior na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando, principalmente, nos seguintes temas: Direitos Fundamentais, Jurisdição, Hermenêutica Constitucional e em Direito Administrativo.
- 2 Pesquisadora e advogada. Desenvolve pesquisas na área do Direito, com foco nos estudos sobre Direitos Humanos, Gênero e Sexualidades. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Durante a graduação, foi estagiária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), bolsista de Projeto de Extensão no Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ), monitora do Escritório Modelo - Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), e bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), financiado pela Fundação Araucária.
- 3 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná na Área de Concentração em Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão e Linha de pesquisa na Função Política do Direito e Teorias da Constituição. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogada trabalhista no Escritório Vilela de Paula. Integrante do Grupo de Pesquisa Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB-UENP). Foi estagiária de Direito do Projeto de Extensão Núcleo Maria da Penha/UENP. Foi estagiária de Direito na Vara de Família e Sucessões, Infância e Juventude, Acidentes do Trabalho, Registros Públicos e Corregedoria do Foro Extrajudicial do Fórum da Comarca de Jacarezinho. Foi bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica Voluntária (PICV).

care work. It begins with the observation that these workers occupy a historically marginalized position, a result of Brazil's legacy of slavery. The study develops from a descriptive and exploratory approach to bullying and its coexistence with gender and race, and aims to answer the following question: "Are anti-discrimination protocols being used to judge racialized bullying in employment relationships?" To this end, the methodology adopted was a literature review and qualitative analysis of Ordinary Labor Appeal No. 0000570-49.2023.5.09.0892, decided by the 9th Regional Labor Court (TRT). The preliminary conclusion is that, although recent, these protocols have been used as important tools in achieving social justice and confronting structural racism in the workplace.

KEYWORDS: Moral harassment; racialized moral harassment; anti-discrimination protocols; labor relations

INTRODUÇÃO

A presença de práticas discriminatórias no ambiente de trabalho é um reflexo direto das estruturas de desigualdade que perpassam a sociedade brasileira. Dentre essas práticas, o assédio moral racializado emerge como uma forma específica de violência simbólica e institucional, que atinge de maneira sistemática trabalhadores e, sobretudo, trabalhadoras negras. Este tipo de violência revela não apenas a precarização das relações de trabalho, mas também a permanência de estigmas históricos de raça e gênero herdados do período escravocrata, ainda presentes nas dinâmicas laborais contemporâneas.

A partir dessa constatação, a presente pesquisa propõe-se a investigar a seguinte questão: os protocolos antidiscriminatórios estão sendo utilizados para julgar o assédio moral racializado nas relações de trabalho? Parte-se da hipótese de que sim, tais protocolos estão sendo aplicados, ainda que de forma incipiente e com diferentes graus de efetividade, o que demanda análise mais profunda sobre a maneira como esses instrumentos estão sendo utilizados pelo Judiciário trabalhista.

O objetivo geral do trabalho é demonstrar como os protocolos antidiscriminatórios vêm sendo utilizados nos julgamentos de assédio moral racializado nas relações de trabalho. Para isso, os objetivos específicos são: analisar os conceitos de assédio moral e assédio moral racializado a partir da relação entre raça e gênero; examinar os marcos normativos e os principais protocolos utilizados pelo Judiciário trabalhista, com ênfase no Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial e no Protocolo para Atuação e Julgamento com Perspectiva Antidiscriminatória, Interseccional e Inclusiva; e realizar uma análise qualitativa de decisão judicial recente para verificar como esses instrumentos vêm sendo aplicados na prática.

A pesquisa justifica-se tanto por sua relevância social quanto acadêmica. No contexto da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), e em consonância com a temática do Grupo de

Trabalho Direito, gênero e sexualidades do SIACRID, visto que esta investigação busca aprofundar os estudos sobre relações de trabalho a partir de uma perspectiva crítica, que considere os marcadores sociais da diferença, em especial gênero e raça. O presente GT, ao acolher pesquisas que dialogam com epistemologias feministas, teorias decoloniais e críticas aos paradigmas jurídicos tradicionais, oferece o espaço teórico e institucional necessário para o desenvolvimento desta análise.

A metodologia adotada compreende a revisão bibliográfica e a realização de uma análise qualitativa, com abordagem descritiva e exploratória. A análise qualitativa se debruça sobre o Recurso Ordinário Trabalhista nº 0000570-49.2023.5.09.0892, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que trata de assédio moral racializado contra uma trabalhadora doméstica negra. A análise dessa decisão permite observar como os princípios constitucionais e as normativas internacionais vêm sendo traduzidos em práticas jurídicas concretas voltadas à efetivação dos direitos humanos e à reparação de violências estruturais. O referencial teórico apoia-se em autoras como Hirigoyen (2005), Gonzalez (2020), Carneiro (2005) e Bento (2022), permitindo a análise crítica da atuação do Judiciário frente ao racismo no ambiente laboral.

1. ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A QUESTÃO RACIAL

O primeiro capítulo pretende analisar o assédio moral no trabalho, e posteriormente em específico sua ocorrência no trabalho de cuidado, que engloba o trabalho doméstico e o trabalho de limpeza e faxina fora do âmbito doméstico, e seus desdobramentos quanto às questões raciais. Assim, inicialmente busca-se explicar o conceito do que é assédio moral, seus elementos caracterizadores e de que forma afeta a classe trabalhadora - física, psíquica e emocionalmente.

Posteriormente, objetiva-se analisar os desdobramentos do assédio moral quando ocorrido no contexto do trabalho de cuidado. Ao considerar os aspectos dessa relação, será examinado o impacto do assédio moral sobre grupos vulnerabilizados, em específico sobre mulheres negras, para analisar de que forma as práticas discriminatórias no ambiente do trabalho as atingem.

Com efeito, busca-se, com este primeiro capítulo, evidenciar o impacto do assédio moral na vida do trabalhador e de que forma se agrava quando são consideradas as questões de gênero e raça. Essa primeira investigação permite compreender os elementos jurídicos que caracterizam o assédio, a forma como se concretiza, além de suas implicações sociais às trabalhadoras negras.

1.1. Conceituação de Assédio Moral

Para introduzir o conceito do que é assédio moral, utiliza-se a definição de Hirigoyen (2005), que o define como:

[...] o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. (Hirigoyen, 2005, p. 17)

Assim, a psiquiatra entende que, para a configuração do assédio moral não há a necessidade da ocorrência do dano, desde que seja verificada a situação em potencial para tanto. Cabe salientar a definição dada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), na Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral e Sexual, lançada em parceria com o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), a qual conceitua o assédio moral como “exposição de pessoas a situações humilhantes e constrangedoras no ambiente de trabalho, de forma repetitiva e prolongada, no exercício de suas atividades” (2022, p. 7).

Em que pese a conceituação do assédio moral como caracterização da conduta pelos fatores de repetição e prolongamento no tempo, a Convenção nº 190 da OIT trouxe novas perspectivas ao assunto. Isso porque, a OIT passou a entender o assédio e violência com “conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem, ou sejam suscetíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico” (OIT, 2019).

Com efeito, verifica-se que a caracterização do que é assédio moral sofreu mudanças, sendo que a partir da Convenção nº 190, pode-se entender que a conduta não precisa ser reiterada, bastando um ato isolado de comportamento inadequado e inaceitável, com o potencial de causar dano à vítima para que concretize sua configuração (Saladini; Assad, 2022, p. 5). Conforme ver-se-á no capítulo a seguir, a Convenção supracitada ainda não foi ratificada pelo Brasil, mas já tem sido recepcionada pela Justiça do Trabalho, representando avanços na interpretação do assédio moral, porquanto expressivos os casos de denúncia.

Dessa forma, atualmente tem sido retirada do assédio moral a necessidade de comprovação de sua constância ao longo do tempo e de serem diversos atos. Essa nova interpretação é capaz de garantir maior segurança jurídica à vítima, uma vez que apenas um ato isolado de constrangimento já configura o assédio e pode embasar sua denúncia.

Nesse sentido, os efeitos mais comuns causados pelo assédio moral, elencados pelo Ministério Público do Trabalho (2023), são refletidos pela descompensação emocional, estresse, desinteresse pelo trabalho, *burnout*, redução da capacidade cognitiva, isolamento, tendências destrutivas e reprodução das condutas de assédio moral. Nessa seara, verifica-se que os sintomas mais recorrentes do assédio moral alcançam a esfera mental do trabalhador, com o esgotamento de sua saúde mental.

As enfermidades elencadas podem ser enquadradas como doença do trabalho ou doença profissional, e, quando configuradas, são aptas a ensejar o afastamento do funcionário de seu ambiente do trabalho, na forma dos artigos 19 e 20 da Lei nº 8.213/1991. Dessa forma, nota-se que o assédio moral atua de forma degradante ao funcionário, retirando-lhe sua capacidade mental de processar e desempenhar suas atividades laborativas, tornando-o incapaz para tanto, ao que se necessita o afastamento para recuperação, ou afastamento total de suas atividades.

Logo, percebe-se que essa violência atinge principalmente a intimidade do trabalhador, sua saúde mental e física, a partir do comportamento violento do assediador, seja no ambiente de trabalho, ou fora dele. Contudo, é imperioso que esteja presente a relação de trabalho entre o assediador e a vítima, independente do local de sua configuração.

Nesse ponto, destaca-se que a classificação do assédio moral pode ser horizontal, vertical-ascendente, vertical-descendente e misto (Hirigoyen, 2005). Assim, a primeira classificação é caracterizada quando a conduta ocorre entre trabalhadores da mesma hierarquia; a segunda, quando é realizada por um funcionário ou grupo de funcionários contra o seu superior; a terceira, é o assédio moral praticado por superior hierárquico contra seus inferiores, sendo que nesta utiliza-se da condição de autoridade para a prática; por fim, a última ocorre quando a classificação vertical-descendente e horizontal se misturam e o trabalhador sofre assédio tanto do superior quanto de seus próprios colegas de classe.

Por sua vez, o TST aborda a questão do assédio moral vertical-descendente como pressão dos superiores a seus subordinados, uma vez que os superiores “se aproveitam de sua condição de autoridade para pôr o colaborador em situações desconfortáveis” (2022, p. 9). Para fins de adequação, este trabalho estudará as questões atinentes à terceira modalidade de assédio moral: assédio moral vertical-descendente.

Isso porque, o presente trabalho pretende o estudo das relações laborais entre empregadores e empregadas negras. Assim, importa ressaltar que o assédio, enquanto conduta discriminatória e humilhante, tem seus efeitos intensificados quando relacionada à dimensão laboral com raça e etnia (Andrade, Gonçalves, 2018, p. 20), de certo que as minorias sociais, mulheres, pessoas negras e pessoas LGBTQ+ sofrem mais com a violência no ambiente do trabalho do que outros grupos.

Nesse sentido, feitas as considerações quanto ao assédio moral, passa-se ao próximo tópico, em que essas últimas questões abordadas serão melhor examinadas, em específico com o recorte das trabalhadoras negras e o assédio moral racializado.

1.2. Assédio Moral Racializado no Ambiente de Trabalho

Ao analisar o assédio moral nas relações de trabalho de cuidado, percebe-se que há nuances que o diferenciam das demais relações empregatícias. Isso se deve ao fato de que esse trabalho ainda é marcado pela herança do período pós-escravagista, ao que as trabalhadoras enfrentam dificuldades pela ausência de plenitude de garantia de direitos e informalidade no desempenho das atividades. Além disso, a composição da classe trabalhadora é predominantemente de mulheres negras e pobres, revelando a característica de raça e gênero que perpassa essa categoria.

Inicialmente, importa destacar que os trabalhadores de cuidado compõem uma categoria marginalizada, sendo patente a supressão de seus direitos pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Assim, com relação ao trabalho de cuidado, destaca-se a Emenda Constitucional nº 73/2013, popularmente conhecida como “PEC das Domésticas”, responsável alterar o art. 7º da Constituição Federal e passar a garantir à categoria das trabalhadoras domésticas os mesmos direitos dos demais trabalhadores urbanos e rurais (salário-mínimo, 13º salário, jornada de trabalho).

Outrossim, a Lei Complementar nº 150/2015 prevê o contrato de trabalho doméstico, considerando como empregado doméstico o trabalhador que presta serviços no âmbito residencial, com continuidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e sem finalidade lucrativa, por mais de dois dias na semana (Brasil, 2015). Essas disposições configuram equiparação do empregado doméstico às demais categorias da classe trabalhadora, ao prever direitos e regulamentar o contrato de trabalho e suas configurações.

Mais a mais, da análise da composição dos perfis dos empregados domésticos, indica-se que a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apontou que no ano de 2024 o trabalho doméstico era a ocupação de 5,9 milhões de pessoas, sendo 91,90% mulheres, e dentre estas mulheres, 69% eram mulheres negras. Por fim, extrai-se a desvalorização da categoria, ao passo em que as trabalhadoras domésticas ganhavam 56% a menos do que as mulheres ocupadas em geral.

Para este trabalho, ponderam-se estas questões do trabalho de cuidado e trabalho doméstico a título de exemplificação para possibilitar a demonstração da realidade dessa categoria no país. Isto é, o presente trabalho pretende demonstrar quem ocupa a categoria do trabalho braçal de limpeza, faxina e serviços gerais nos lares e empresas brasileiras. À luz dos dados acima, nota-se que em sua maioria são ocupados por mulheres negras e pobres.

Feito um panorama geral do trabalho de cuidado remunerado no país, faz-se agora uma análise de suas origens no Brasil. De acordo Silva, Araujo e Sposato (2021), o surgimento se deu no centro do processo de escravização, em que as então ex-escravizadas eram as mulheres que majoritariamente ocupariam os postos de trabalhos dos serviços domésticos, como cozinheira, lavadeira, faxineira, dentre outros. Isso porque, estas mulheres encontravam-se em situação de

vulnerabilidade, ao passo em que precisariam de serviço para manutenção de suas sobrevivências, e o serviço a que se destinaram foi principalmente o de cuidado.

Sobre este contexto colonial, Gonzalez (2019, p. 42) também analisa as figuras da mucama e de mãe-preta, sendo a primeira aquela jovem escravizada que teria a tarefa de manter a casa em ordem em todos os níveis (lavar, passar, cozinhar), e a segunda aquela mulher mais velha escravizada que cuidaria e educaria, inclusive culturalmente, os filhos dos senhores. Assim, a análise destas realocações do trabalho às mulheres negras no período pós-abolição é fundamental para a compreensão de sua marginalização e ocupação de trabalhos precários, informais e mal remunerados.

Dessa forma, nota-se que persiste uma feminização e racialização do trabalho de cuidado no Brasil, uma vez que o local da mulher negra trabalhadora na sociedade pode ser visto a partir de uma perspectiva que considera a exploração de gênero, raça e classe como sendo elementos que se co-constituem no capitalismo - delineando o que seriam as divisões sexuais e raciais do trabalho. Por tais razões, Gonzalez (2019) conclui que há um processo de tríplice discriminação sofrido pela mulher negra e em seu lugar na força e trabalho.

Com efeito, denota-se que as mulheres negras são alvos de exclusão no local de trabalho, sendo vítimas de ofensas, estereótipos e xingamentos, elementos que, segundo Santos e Neto (2023, p. 4.839), configuram um ambiente de trabalho hostil, que prejudica a autoestima, motivação e bem-estar da trabalhadora. A prática de assédio moral nesse caso pode ocorrer, então, por intermédio de ofensas verbais, gritos, xingamentos, humilhações, injúrias raciais, e afirmações caluniosas, ao que se configura a ocorrência de racismo linguístico nestes casos.

Ainda, destaca-se a hiperssexualização da mulher negra no contexto de assédio moral do trabalho, dada pela construção social de que seu corpo pode ser submetido a controle e cargas exaustivas de trabalho, além de ser considerada naturalmente sensual e sedutora (Ribeiro, 2018, p. 14). Assim, pelas características fenotípicas, as mulheres negras enfrentam tratamento desigual no mercado de trabalho, pois sofrem com a discriminação racial por conta de seus traços físicos - cabelo, cor da pele, aparência. Dessa forma, evidencia-se que o assédio moral tem impacto diferenciado quando consideradas as questões de gênero e raça, pois abrange questões não somente laborais, mas também culturais e sociais.

Depreende-se, a partir da análise destas figuras e construções sociais, a objetificação da mulher negra, sobre a qual teriam os empregadores este poder de propriedade, legado deixado pelos senhores de escravos, época na qual o poder e a autoridade legitimam os recorrentes xingamentos e opressões. Atualmente, são os patrões quem detêm este papel opressivo e ofensivo, ao que se utilizam de seu lugar social para proferir ofensas às trabalhadoras negras, praticando o racismo

linguístico e o assédio moral racializado. Isso ocorre quando o patrão ou patroa profere xingamentos e ofensas à trabalhadora pelo seu fenótipo e pela sua condição social.

Pelo exposto, verificam-se os reflexos coloniais nessas relações de trabalho, ao passo em que a trabalhadora negra é ainda vista como figura domesticada e propriedade de seus patrões. Assim, neste tópico foram observadas as especificidades do impacto do assédio moral racializado no trabalho. O próximo capítulo analisará o julgamento com perspectiva antidiscriminatória, a partir do exame normativo e processual trabalhista.

2. O DEVER DE JULGAR COM PERSPECTIVA ANTIDISCRIMINATÓRIA

O segundo capítulo tem como finalidade identificar e descrever os principais dispositivos legais que dispõem sobre o assédio moral no trabalho relacionado à discriminação racial. No primeiro momento, será exposto os marcos normativos nacionais e internacionais que visam legislar e, por conseguinte, combater o assédio e à discriminação no trabalho, enfatizando principalmente, em âmbito internacional, a Convenção de Belém do Pará e a Convenção 190 e, em território nacional, a Constituição Federal de 1988, o Código Penal, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e as normas de segurança e saúde do trabalho, em especial a NR-05, que é a norma regulamentadora que estabelece os parâmetros e requisitos para a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA).

Em segundo momento, será apresentado os Protocolos para atuação e julgamento na Justiça do Trabalho, em especial o “Protocolo para atuação e julgamento com perspectiva antidiscriminatória, interseccional e inclusiva” e o “Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visto que são os instrumentos referentes ao objeto de estudo do trabalho, com a finalidade de trazer o dever de julgar com perspectiva antidiscriminatória.

2.1. Marcos Normativos Nacionais e Internacionais Para o Combate ao Assédio e à Discriminação no Trabalho

O assédio moral é uma conduta abusiva que pode se manifestar por palavras, comportamentos ou gestos repetitivos, ferindo a dignidade do trabalhador. Esse tipo de assédio pode causar doenças e prejudicar a vida profissional, social e pessoal do trabalhador, ocorrendo no ambiente de trabalho ou por causa dele. Nesse sentido, no presente tópico será descrito os marcos normativos nacionais e internacionais para o combate ao assédio e à discriminação no trabalho.

Em relação às normas do sistema internacional, a Convenção de Belém do Pará foi o primeiro instrumento internacional a afirmar expressamente o direito a uma vida livre de violência

de gênero, inclusive do assédio moral no trabalho, diante da relação direta desta com o impedimento e anulação dos direitos humanos de mulheres e a estabelecer deveres estatais de proibição e prevenção para a eliminação da violência de gênero (OEA, 1994).

Além disso, a Convenção nº 190, adotada pela OIT em 2019, é pioneira ao fornecer uma definição internacional de violência e assédio no ambiente de trabalho. A Convenção, ainda pendente de ratificação pelo Estado brasileiro, reconhece o direito de todas as pessoas a um mundo de trabalho livre de violência e assédio e identifica que a violência e o assédio baseados em gênero no mundo do trabalho afetam desproporcionalmente mulheres e meninas, o que requer uma abordagem inclusiva, integrada e com perspectiva de gênero, que enfrente as causas subjacentes e os fatores de risco, incluindo estereótipos de gênero, além das várias formas de discriminação e desigualdade nas relações de poder devido ao gênero (OIT, 2019).

Tal convenção propõe uma definição abrangente de violência e assédio no trabalho, reconhecendo tanto condutas reiteradas quanto atos isolados como formas de violação à dignidade do trabalhador, o que contribui para o fortalecimento da proteção jurídica trabalhista. A eventual ratificação desse instrumento pelo Brasil constituiria um avanço expressivo na consolidação de um ambiente laboral mais seguro e respeitoso, harmonizando-se com as diretrizes internacionais e reafirmando o compromisso nacional com a efetividade dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho.

Ademais, em relação às normas jurídicas brasileiras não há uma legislação específica que trate sobre o assédio moral. Todavia, há dispositivos legais abrangentes em diversos aspectos. Dessa forma, serão destacadas as principais, sendo elas: a Constituição Federal de 1988, a Consolidação das Leis Trabalhistas e Normas Regulamentadoras, mais especificamente a NR-05.

Desse modo, é possível asseverar que a Constituição Federal de 1988 ampara diversos princípios garantidores dos direitos fundamentais inerentes a todos os seus cidadãos, verificando-se em seu artigo 5º a tutela do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como do valor social do trabalho e da livre iniciativa, os quais constituem fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro e garantem direitos sociais aos trabalhadores (Brasil, 1988).

Além disso, o artigo 225 da Constituição garante a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, abrangendo também um ambiente de trabalho saudável. Neste sentido, o conceito de trabalho decente significa o respeito aos direitos básicos dos trabalhadores, essenciais para manter sua dignidade (Brasil, 1988).

Ademais, a lei 14.811/2024 tipificou a conduta do assédio moral, inserindo no Código Penal dois crimes: bullying e cyberbullying, no artigo 146-A e seu parágrafo único, respectivamente. Tal qual o assédio sexual, os tipos penais são mais restritivos e exigem

intencionalidade, sendo, no direito do trabalho, muito mais amplo (Brasil, 1940).

Em sequência, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) também não prevê de forma expressa e específica sobre o assédio moral no trabalho, todavia, apresenta alguns artigos que legitimam a igualdade e respeito aos trabalhadores. Exemplos disso são: o artigo 3º, parágrafo único, que menciona que não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. Ademais, os artigos 468 e 469 reprimem algumas das condutas que podem ser, em certas circunstâncias, caracterizadoras de “violência e assédio” moral, a exemplo da proibição de alteração unilateral ou prejudicial ao empregado e, por fim, o artigo 483 prevê as hipóteses de indenização quando há abusos e violações por parte do empregador (Brasil, 1943).

Por fim, verifica-se que no Brasil há as normas de segurança e saúde do trabalho. Nesse tópico será destacado a NR-05, que é a Norma Regulamentadora que estabelece os parâmetros e requisitos para a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), com o objetivo de prevenir acidentes e doenças relacionadas ao trabalho.

Em 2022, a competência da CIPA foi ampliada e a sua nomenclatura alterada, através da Lei nº 14.457/2022, passando a se chamar Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e de Assédio - CIPAA. Dessa maneira, a inclusão da pauta do assédio tem como objetivo promover um ambiente de trabalho mais seguro e saudável, onde haja prevenção e enfrentamento ao assédio moral e sexual. As empresas devem estar em conformidade com essa mudança nos termos da legislação trabalhista em vigor (Brasil, 2023).

Dessa forma, a norma incluiu regras de conduta a respeito de assédio sexual e outras formas de violência no trabalho, garantindo ampla divulgação de seu conteúdo aos empregados e empregadas; também fixou procedimentos para receber, acompanhar, apurar e aplicar sanções administrativas aos responsáveis diretos e indiretos pelos atos de assédio sexual e violência; incluiu, nas atividades e práticas da Cipa, temas referentes à prevenção e combate ao assédio sexual e de outras formas de violência; e, capacitou os empregados sobre temas relacionados à violência, assédio e diversidade no âmbito do trabalho.

Logo, a Cipa passou a ter como atribuições não só a prevenção de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho, mas também, a prevenção e o combate de qualquer forma de violência praticada no trabalho, especialmente o assédio sexual. Deste modo, a adição dessa nova perspectiva nos assuntos tratados pela Cipa é um grande avanço para garantir os direitos dos trabalhadores e trabalhadoras e para a manutenção de um ambiente de trabalho seguro e saudável.

Vale mencionar também que, apesar do presente tópico dar ênfase a NR-05, Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho também podem estipular, em suas cláusulas, a proibição da prática

de violência e assédio moral, com o estabelecimento de multas, bem como de medidas de atenção à vítima, a exemplo de tratamento médico e psicológico custeado pela empresa.

Portanto, a Convenção de Belém do Pará e a Convenção 190 são marcos normativos internacionais relevantes para o combate ao assédio moral. Ademais, em relação ao território nacional, há algumas previsões na Constituição Federal de 1988, Consolidação das Leis Trabalhistas e Normas Regulamentadoras, mais especificamente a NR-05, as quais revelam avanços jurídicos nas previsões antidiscriminatórias.

Todavia, verifica-se que a atual legislação brasileira, embora apresente abrangência em múltiplos aspectos, ainda revela lacunas no que tange à normatização específica do assédio moral no ambiente de trabalho. Nesse contexto, a Convenção nº 190 da OIT tem sido progressivamente considerada pela instância superior da Justiça do Trabalho como um relevante instrumento jurídico, mesmo antes de sua ratificação formal.

Por fim, observa-se a necessidade de leis específicas para o assédio moral no Brasil, e o que se investiga é o aumento de protocolos para julgamento mais especializados e eficazes diante das situações de discriminações que estão surgindo com o objetivo de suprir as lacunas legislativas e combater o assédio moral. Tais protocolos serão tratados no próximo tópico.

2.2. Análise dos Protocolos de Combate ao Assédio Moral Racializado

É notório que assédio moral é rotineiro nas relações de emprego doméstico, e é mais grave nesses casos, porque é ocultado pelos intramuros da relação, tornando o trabalhador invisibilizado e, por conseguinte, mais desprotegido pelos mecanismos de coibição da violência pelo Estado. Além disso, reproduz uma dominação histórica, em que se legitimava toda sorte de violência em face do trabalhador doméstico, reificado pela escravidão, o que ainda produz seus efeitos nos resquícios escravocratas presente na mentalidade dos empregadores do século XXI.

O presente tópico elucida sobre o Protocolo para Atuação e Julgamento com Perspectiva Antidiscriminatória, Interseccional e Inclusiva, instrumento esse direcionado aos julgadores da Justiça do Trabalho e que tem como objetivo de visibilizar os impactos decorrentes da intersecção entre as categorias gênero, sexualidade, raça, etnia, deficiência e etária. Como o tema do presente estudo diz respeito ao assédio moral racializado, será enfatizado a categoria raça. Em sequência, em conjunto com aquele, será analisado também o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial do CNJ.

Para contextualização, em agosto de 2024 foram lançados três Protocolos para Atuação e Julgamento na Justiça do Trabalho, frutos de iniciativa conjunta do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT). Inspirados no Protocolo para

Julgamento com Perspectiva de Gênero, editado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2021, os novos Protocolos ampliam e aprofundam as matérias já contempladas nele, complementando-o no âmbito do sistema de justiça trabalhista. Um deles é o Protocolo para Atuação e Julgamento com Perspectiva Antidiscriminatória, Interseccional e Inclusiva, protocolo esse que será analisado neste tópico (Brasil, 2024).

O protocolo traz uma reflexão importante de que, a partir da lógica do Direito do Trabalho e da inserção de pessoas negras no mundo do trabalho, numa perspectiva histórica, desde o contexto do trabalho livre, a construção política e social da ideia de raça e sua organização como sistema de poder, tem determinado a precarização ou negação à aplicação de direitos trabalhistas, a naturalização da mão de obra negra exclusivamente para determinadas atividades e a informalidade (Brasil, 2024).

No capítulo três do protocolo há uma divisão de temas. Primeiro, há a contextualização da evolução da legislação sobre questões raciais e étnicas. Também são apresentados três julgamentos da Corte IDH em matéria de raça e etnia. Ademais, é apresentado registros administrativos e discriminação, ou seja, a lei obriga a inclusão de informações sobre raça/etnia em registros administrativos para mapear a distribuição de segmentos étnicos e raciais no mercado de trabalho.

Em sequência, o protocolo trata dos temas “interseccionalidade e vulnerabilidade”, revelando que a raça e classe são marcadores do racismo estrutural que orientam o modo de produção capitalista, bem como que estudos mostram que mulheres negras são sobrerrepresentadas em trabalhos domésticos e precarizados e que a sobreposição de marcadores sociais como gênero, raça, orientação sexual, classe, PcD e idade podem aumentar a vulnerabilidade e dificultar o acesso à justiça.

Dessa forma, o protocolo revela que a existência de uma camada de pessoas excluídas socialmente, sem um patamar mínimo de proteção trabalhista, sujeita à exploração. Logo, a cor da pele tem definido o padrão de desigualdade na sociedade brasileira. Esse panorama social está relacionado ao assédio moral racializado, à medida que esse cenário legítima, consolida e intensifica práticas e/ou comportamentos abusivos, humilhantes e constrangedores, ou sua ameaça, de ocorrência única ou repetida, manifestados de diversas formas, tais como palavras, gestos e agressões, que interferem negativamente na dignidade humana e violam os direitos fundamentais das vítimas, podendo causar prejuízo à saúde física e mental, redução da capacidade laborativa, discriminação e degradação do meio ambiente do trabalho.

Em consonância com tal protocolo, há também o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial, que é uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e traduz um documento que orienta o julgamento de processos que envolvem pessoas ou comunidades negras,

como partes ou testemunhas, bem como tem o potencial de proporcionar mudanças de postura do Judiciário brasileiro, ao aplicar as normas considerando as dinâmicas das relações raciais que se inscrevem na formação social brasileira.

O documento do CNJ aborda o assédio moral no ambiente de trabalho, com ênfase especial na perspectiva racial. Ele define e contextualiza o assédio moral e a estrutura racial no trabalho, apresenta consequência do assédio moral racializado, como depressão, ansiedade, estresse pós-traumático e ideação suicida e indica que, para o julgamento com perspectiva racial, os magistrados devem considerar: a gravidade e impacto psicológico do racismo, a implementação (real) de ações afirmativas: cotas, programas de formação, políticas de permanência, representatividade, bem como a necessidade de medidas corretivas e transformadoras, além de indenizações financeiras.

Além disso, o protocolo traz algumas reflexões importantes. A primeira é que há estratégias de encobrimento e resistência contra o racismo e a discriminação racial no ambiente do trabalho. A autora Cida Bento, em “O Pacto da Branquitude”, faz referência às práticas discriminatórias enfrentadas pelas pessoas negras no ambiente corporativo e como essas pessoas utilizam mecanismos de encobrimento, negação e resistência da identidade negra para evitar a reprodução de estigmas e estereótipos raciais que possam comprometer suas chances de inclusão no ambiente de trabalho (Bento, 2022, p. 71).

Ademais, a relação de trabalho, por sua natureza hierárquica, cria uma dinâmica de poder na qual empregadores e empregadoras controlam os meios de produção e as decisões empresariais, enquanto empregados e empregadas fornecem sua força de trabalho mediante remuneração. Essa dinâmica se manifesta de maneira prejudicial quando combinada com práticas discriminatórias, criando um ambiente propício ao surgimento de assédio moral racializado (CNJ, p. 149).

Ainda, em relação aos assédios estruturais, se expressam através de trabalhadoras domésticas que vivem em isolamento social estão especialmente vulneráveis a assédios estruturais, que podem ser perpetrados pela família empregadora ou outros membros do círculo social restrito (CNJ, p. 165).

Dessa maneira, a discriminação racial no mercado de trabalho brasileiro é um reflexo direto do racismo estrutural e institucional que permeia a sociedade. Como Sueli Carneiro observa, “o negro chega antes da pessoa, o negro chega antes do profissional, o negro chega antes do gênero, o negro chega antes do título universitário, o negro chega antes da riqueza”. Esta citação revela como a percepção étnico-racial, em muitos casos, precede a análise de qualquer outra característica de um(a) candidato(a), como suas qualificações ou experiência profissional (Carneiro, 2005, p. 131-132).

Portanto, conclui-se que o Protocolo para Atuação e Julgamento com Perspectiva

Antidiscriminatória, Interseccional e Inclusiva, instrumento esse direcionado aos julgadores da Justiça do Trabalho, é primordial para ser utilizado no mundo jurídico, de forma a amplificar vozes e perspectivas e contribuindo para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ademais, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial do CNJ propõe que o Poder Judiciário adote uma postura ativa e consciente das dimensões raciais e estruturais do assédio moral. Julgar com perspectiva racial não é apenas reconhecer a discriminação, mas corrigir desigualdades e promover justiça social no ambiente laboral.

Diante da análise dos protocolos, surge o questionamento: Os protocolos antidiscriminatórios estão sendo utilizados para julgar o assédio moral racializado nas relações de trabalho? Pergunta essa que será explorada no próximo capítulo.

3. ASSÉDIO MORAL RACIALIZADO, RACISMO LINGUÍSTICO E APLICAÇÃO DOS PROTOCOLOS ANTIDISCRIMINATÓRIOS

O terceiro e último capítulo pretende realizar análise qualitativa do Recurso Ordinário Trabalhista, nº 0000570-49.2023.5.09.0892 para, enfim, responder ao problema de pesquisa: “os protocolos antidiscriminatórios estão sendo utilizados para julgar o assédio moral racializado nas relações de trabalho?”.

Para tanto, em um primeiro momento será exposto um caso retratado nos autos do Recurso Ordinário Trabalhista, nº 0000570-49.2023.5.09.0892, a partir da ementa de seu julgamento pelo 9º Tribunal Regional do Trabalho. Nesse momento, serão expostas as especificidades do caso em tela, bem como descrição dos fatos ocorridos que envolvem o racismo linguístico, e a verificação de aplicação de protocolo antidiscriminatório ou não pelo julgador.

Após, no segundo tópico será realizada análise crítica da aplicação dos protocolos antidiscriminatórios, em que será discorrido sobre a forma como são aplicados e evidenciada a importância de medidas como essa no Poder Judiciário, bem como elucidados os impactos de um julgamento com perspectiva racial.

3.1. Exposição Detalhada do Caso do Trt-9 – Recurso Ordinário Trabalhista Nº 0000570-49.2023.5.09.0892

Após a contextualização e indicação dos principais documentos antidiscriminatórios atuais, surge o questionamento - que revela o problema da presente pesquisa - os protocolos antidiscriminatórios estão sendo utilizados para julgar o assédio moral racializado nas relações de trabalho?

Para responder a indagação utilizou-se a metodologia da análise qualitativa do Recurso

Ordinário Trabalhista nº 0000570-49.2023.5.09.0892. Assim, a escolha metodológica se justifica pela possibilidade de analisar em profundidade como os instrumentos normativos antidiscriminatórios têm sido concretamente aplicados pela Justiça do Trabalho, especialmente em decisões que envolvem a interseção entre raça, classe e poder no ambiente laboral.

A escolha do presente caso fundamenta-se em três critérios principais: territorialidade, atualidade e relevância temática. Em primeiro lugar, destaca-se a competência territorial do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, cuja jurisdição abrange o estado do Paraná, local que está situada a Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), instituição vinculada à presente pesquisa. Em segundo lugar, ressalta-se a temporalidade da decisão, proferida em 2025, o que assegura a pertinência do estudo em relação ao debate contemporâneo sobre o enfrentamento das desigualdades estruturais nas relações de trabalho.

Por fim, a relevância temática do caso justifica sua seleção: trata-se de uma decisão que reconhece a prática de assédio moral racializado no ambiente de trabalho, em prejuízo de uma trabalhadora doméstica negra, situação que evidencia a interseção entre gênero, raça e classe. Esses elementos tornam o caso emblemático para a análise da aplicação concreta dos protocolos antidiscriminatórios no âmbito da Justiça do Trabalho.

O caso diz respeito ao acórdão julgado pela 4ª Turma do TRT da 9ª Região em fevereiro de 2025 e que se encontra no Tribunal Superior de Justiça (TST) desde 21 de maio de 2025. O caso alude uma trabalhadora doméstica, mulher, negra, submetida a situações reiteradas de assédio moral racializado, com destaque para o episódio de racismo linguístico com o uso da expressão "serviço de preto", indicando uma naturalização da linguagem racista no ambiente de trabalho, com omissão da empregadora.

Destaca-se a decisão do TRT da 9ª Região, proferida pelo Relator Ricardo Tadeu Marques Da Fonseca:

RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA. ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO. PROTOCOLO PARA ATUAÇÃO E JULGAMENTO COM PERSPECTIVA ANTIDISCRIMINATÓRIA, INTERSECCIONAL E INCLUSIVA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. RACISMO LINGUÍSTICO. PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA RACIAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ASSÉDIO MORAL RACIALIZADO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, promulgada pelo Decreto 10.932/2022, estabelece compromisso dos Estados signatários para combater todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância. A Justiça do Trabalho elaborou, em 2024, o Protocolo para Atuação e Julgamento com Perspectiva Antidiscriminatória, Interseccional e Inclusiva, abordando, dentre outras questões, a raça e a etnia. O racismo, como um dado de permanência estrutural em nossa sociedade, apresenta-se como um sistema de poder e de opressão. Naturalizar o uso de expressões racistas no ambiente laboral, com intenção direta de diminuir o trabalho realizado pelos empregados, reproduzindo estereótipos e ofensas a todas as pessoas negras, afronta diretamente os direitos humanos. A utilização da expressão "serviço de preto" com conotação negativa, em inegável racismo linguístico, a fim de

atingir a honra da trabalhadora, questionando a qualidade de seu serviço, bem como a naturalização dessa linguagem no ambiente de trabalho, com a convivência da Ré, enseja o reconhecimento de sua responsabilidade pelo dano moral causado e, por conseguinte, a condenação ao pagamento da indenização pleiteada. Inconteste a existência de assédio moral racializado, conforme Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial do Conselho Nacional de Justiça. Recurso da Autora a que se dá provimento, no aspecto. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (4ª Turma). Acórdão: 0000570-49.2023.5.09.0892. Relator(a): RICARDO TADEU MARQUES DA FONSECA. Data de julgamento: 28/02/2025. Juntado aos autos em 12/03/2025. (Brasil, 2025)

A partir da análise do acórdão verifica-se que o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região reconheceu a ocorrência de assédio moral racializado no ambiente de trabalho, com base em conduta discriminatória manifestada por meio de racismo linguístico. A decisão fundamenta-se em diversos instrumentos normativos e interpretativos, notadamente a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto nº 10.932/2022), o Protocolo para Atuação e Julgamento com Perspectiva Antidiscriminatória, Interseccional e Inclusiva na Justiça do Trabalho de 2024, bem como o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial do CNJ.

A Corte reconheceu que a expressão “serviço de preto”, empregada no ambiente laboral com conotação depreciativa, constitui forma evidente de racismo estrutural e linguístico, afetando diretamente a dignidade e a honra da trabalhadora negra, ao reforçar estereótipos históricos e socialmente opressores. A naturalização desse tipo de linguagem, somada à convivência da empresa, caracteriza violação a direitos humanos fundamentais e configura assédio moral com viés racial, tornando legítima a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

O acórdão destaca a importância da atuação do Judiciário trabalhista sob uma ótica antidiscriminatória e interseccional, reafirmando a centralidade do enfrentamento ao racismo estrutural nas relações laborais, especialmente quando este se manifesta de forma simbólica, institucional ou linguística. Dessa forma, o recurso ordinário da autora provido, com condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral decorrente de assédio moral racializado.

Ademais, é possível observar os seguintes efeitos práticos: reconhecimento de racismo linguístico e de expressões naturalizadas no cotidiano laboral como formas de violência simbólica e moral, como no caso da expressão “serviço de preto”; a imputação de responsabilidade ao empregador, mesmo em situações de omissão ou convivência com o ambiente discriminatório; a fixação de indenizações por dano moral baseadas não apenas na lesão individual, mas na violação de direitos coletivos e estruturais, bem como a releitura das provas à luz do racismo estrutural, inclusive com valorização de depoimentos e contextos muitas vezes desconsiderados em julgamentos tradicionais.

Portanto, a partir da presente análise qualitativa do Recurso Ordinário é possível concluir,

de forma limitada, porém específica, que sim, os protocolos antidiscriminatórios estão sendo utilizados para julgar o assédio moral racializado nas relações de trabalho. Considera-se que os documentos são recentes, em especial o Protocolo para Atuação e Julgamento com Perspectiva Antidiscriminatória, Interseccional e Inclusiva. Dessa forma, é fundamental que os operadores do direitos e pesquisadores acadêmicos observem, investiguem e discutam não só a questão do emprego de tais protocolos, mas a maneira como estão sendo inseridos e fundamentados nas decisões. Debate esse que será explorado no próximo tópico.

3.2. Análise Crítica: A Importância da Aplicação da Perspectiva Antidiscriminatória nas Decisões Trabalhistas

Conforme visto no tópico anterior, restou evidenciada a aplicação dos protocolos antidiscriminatórios nos julgamentos de assédio moral no trabalho com viés racial. O caso em tela estudado, especificamente, tratou de relação de trabalho, em que a vítima foi ofendida com a expressão depreciativa “serviço de preto”, em referência ao serviço executado no local, o qual consistia em limpeza e coleta de lixo.

Com efeito, o primeiro capítulo examinou questões relevantes ao trabalho de cuidado, como a limpeza, quando exercido por mulheres negras, revelando a cultura escravagista que ainda perdura no Brasil. Ainda, a nuance do assédio moral no trabalho quando considerada a questão de raça, uma vez que as vítimas são atingidas com xingamentos e ofensas ao seu fenótipo, seja pela cor de pele, cabelo, ou características físicas.

À luz da invisibilidade da trabalhadora que exerce as funções de cuidado e de limpeza de ambientes, nota-se que sua desproteção jurídica torna-se maior, bem como há reprodução de dominação histórica, uma vez que ao trabalhador doméstico são direcionadas todas as violências, em vista da cultura escravagista ainda presente na mentalidade dos empregadores do século XXI (Villas Boas, 2020, p. 177). Mais a mais, a pesquisa de Villas Boas (2020) verificou que a injúria racial é persistente, com recorrentes alusões ao trabalho escravo nas relações de trabalho, ao que as patroas costumam chamar a empregada de “mucama” (p. 179), em referência àquele período.

De tal forma, torna-se imprescindível que o Poder Judiciário supra a falta de proteção jurídica às trabalhadoras negras em caso de assédio moral racializado, principalmente no tocante à imposição de medidas corretivas e sancionatórias. Nesse ponto, é prevista a consideração do pelas juízas e juízes do “impacto de suas decisões para corrigir desigualdades e promover um ambiente de trabalho mais justo” (Brasil, 2024, p. 151).

O caso paradigma, ao tratar de tais questões aqui já abordadas, revela que o emprego do Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial corroborou para o reconhecimento de que a

expressão “serviço de preto” tem conotação negativa e configura racismo linguístico, acarretando na condenação de indenização em danos morais. Isso porque, o Protocolo deu aparato ao julgador para que se considerasse que a honra e qualidade do serviço da vítima foram atingidas pela ofensa do empregador, sendo configurado o caso de assédio moral racializado no trabalho.

Outrossim, o julgador asseverou que a empregada teve seu serviço depreciado em razão do xingamento, sendo que, por sua vez, o Protocolo prevê que o “assédio moral é um fenômeno complexo que abrange desde a desqualificação até a exclusão social no ambiente de trabalho” (Brasil, 2024, p. 150). Nesse sentido, o julgador, ao qualificar a ocorrência de racismo linguístico a partir da expressão utilizada pelo empregador, amparando-se no Protocolo para tanto, fez evidente a necessidade do emprego do Protocolo no Poder Judiciário.

O julgamento foi efetivado com perspectiva racial, reconhecendo o racismo linguístico através das ofensas raciais verificadas no caso concreto. O referido Protocolo conceitua as questões de racismo e injúria racial, ressaltando que

o racismo no Brasil é frequentemente praticado de forma escamoteada ou em tom de “brincadeira”, mas nem por isso é menos doloroso para suas vítimas e menos efetivo em retroalimentar relações de poder que moldam a organização hierárquica da sociedade e a distribuição desigual de riquezas, oportunidades e poder entre os diferentes grupos racializados. (Brasil, 2024, p. 111)

Como já asseverado no capítulo anterior, este Protocolo tem potencial para correção de desigualdades e promoção de justiça social no ambiente laboral, principalmente quando aplicado pela Justiça do Trabalho, sendo imprescindível a qualificação dos julgadores para tanto. Isso é, considera-se que na Justiça do Trabalho as relações laborais e as opressões que acometem as minorias sociais coexistem entre si, como as questões de gênero, raça, sexualidade, dentre outras.

Aliado a isso, repisa-se a criação de três Protocolos pela própria Justiça do Trabalho: Protocolo para Atuação e Julgamento com Perspectiva Antidiscriminatória, Interseccional e Inclusiva, Protocolo para Atuação e Julgamento com Perspectiva da Infância e da Adolescência, e Protocolo para Atuação e Julgamento com Perspectiva de Enfrentamento do Trabalho Escravo Contemporâneo. Ao que se extrai a preocupação da Justiça do Trabalho em contemplar “outras vulnerabilidades que atravessam as relações de trabalho na realidade brasileira, lançando luzes às especificidades inerentes a uma realidade de discriminação, de trabalho infantil e de trabalho escravo contemporâneo” (Buriti, 2024, p. 43).

Nesse sentido, a redação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva Racial considera a necessidade qualificação “nas decisões trabalhistas, diante de desigualdades históricas e estruturais, de modo a incorporar a gramática dos direitos humanos para todas as pessoas e expandir seu alcance para outros marcadores sociais”, bem como que “questões específicas demandariam

documentos próprios para assegurar um tratamento mais completo” (Buriti, 2024, p. 37, *apud* Tribunal Superior do Trabalho, 2024).

Em específico ao caso concreto, sua aplicação denota o conhecimento do julgador do protocolo e seus efeitos, que reconhece a singularidade do contexto da ação, com questões raciais laborais que permeiam o caso. Ainda, a aplicação do Protocolo representa meios de mitigação da desigualdade social e instrumentalização de medidas com aspecto punitivo e pedagógico, elemento trazido pela condenação em danos morais, de forma a combater o racismo e evitar que a prática seja reproduzida outra vez pelo empregador da vítima.

Por conseguinte, nota-se que o Protocolo alinha-se com o ordenamento jurídico brasileiro e princípios constitucionais, ao prezar pela igualdade, redução de desigualdades combate à discriminação, previstos no artigo 3º da Constituição Federal. Com efeito, a aplicação do Protocolo pretende atingir tais objetivos, e fornece instrumentos para tanto, ao conceituar as questões de raça no ambiente laboral e proporcionar aparatos para um julgamento com equidade, que considere as especificidades culturais do país e o legado deixado pelo período escravagista, uma vez que

[...] o Conselho Nacional de Justiça reconheceu que não basta a criação de Tribunais e órgãos julgadores, sendo necessária a qualificação destes, por serem os responsáveis pela pacificação dos conflitos sociais. Constatou, ainda, que não basta o grande quantitativo de normas protetivas, caso a normativa não seja efetivamente observada (Buriti, 2024, p. 36, *apud* Moraes; Martins, 2024)

Logo, a aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial tem promovido a necessidade de que o meio ambiente de trabalho respeite os preceitos constitucionais e esteja alinhado com a perspectiva racial. Não somente, evidente, da análise de caso, que sua aplicação possibilita a efetivação da capacidade do judiciário em mitigar desigualdades sociais e raciais ainda persistentes no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo responder à seguinte pergunta: “Os protocolos antidiscriminatórios estão sendo utilizados para julgar o assédio moral racializado nas relações de trabalho?”. Para tanto, foram analisados os recentes protocolos antidiscriminatórios do Conselho Nacional de Justiça e da Justiça do Trabalho, para verificar se estão sendo aplicados nos processos que envolvem assédio moral racializado e, em caso positivo, de que forma se dá a aplicação.

Em primeiro lugar, examinou-se o conceito de assédio moral no trabalho, para posteriormente ser analisado o assédio moral racializado e o trabalho de cuidado. Nesse sentido, observou-se que sobre o trabalho de cuidado ainda recai a herança escravagista, pois a categoria das trabalhadoras de cuidado (empregadas domésticas, faxineiras, responsáveis pela limpeza), ainda é

majoritariamente ocupada por mulheres negras.

Outrossim, evidenciou-se que, por conta do passado colonial no Brasil, os empregadores ainda enxergam as trabalhadoras negras como objetos, e operam para a sua domesticação. Dessa forma, as oprimem, dirigindo xingamentos e ofensas às trabalhadoras em razão de suas características fenotípicas - como a cor da pele e o cabelo. Assim sendo, esse conjunto de opressões representa o racismo linguístico, em que o crime de racismo ocorre por intermédio de ofensas verbais à trabalhadora, configurando o assédio moral racializado.

Nesse sentido, verificou-se que o ordenamento jurídico ainda não dispõe sobre uma normatização específica do assédio moral. Logo, destacam-se os protocolos antidiscriminatórios, em especial o Protocolo para Atuação e Julgamento com Perspectiva Antidiscriminatória, Interseccional e Inclusiva e o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial, que, ao serem empregados, possibilitam o caminho para a redução da desigualdade social e combate à discriminação racial, o que demonstra o papel do Poder Judiciário como elemento que supre a ausência legislativa sobre o tema. Dessa forma, é proposto que o Poder Judiciário adote postura consciente das dimensões raciais e estruturais que constituem o assédio moral racializado, uma vez que os protocolos pretendem, além do reconhecimento e apontamentos sobre a discriminação racial, também a correção de desigualdades e promoção da justiça social no ambiente laboral.

Com isso, a partir da análise qualitativa do Recurso Ordinário Trabalhista nº 0000570-49.2023.5.09.0892, do 9º Tribunal Regional do Trabalho, foi possível constatar, de forma limitada, porém específica, que os protocolos antidiscriminatórios estão sendo empregados no julgamento do assédio moral racializado nas relações de trabalho. Outrossim, fornecem meios para o reconhecimento das violências raciais que estão engendradas no âmbito laboral, como no caso em tela, com o uso da expressão “serviço de preto” para elucidar o serviço de limpeza, evidenciando o racismo linguístico.

Ainda, os protocolos apontam as consequências do assédio moral racializado, como depressão, ansiedade, estresse pós-traumático, uma vez que é atingida a honra da vítima, bem como a necessidade de medidas de caráter pedagógico e punitivo, como foi no caso paradigma, em que houve a condenação de indenização em danos morais.

Pelo exposto, nota-se que a partir da aplicação dos protocolos é moldada uma nova hermenêutica processual nas decisões trabalhistas, com enfoque em justiça social, redução de desigualdades e combate à discriminação racial. Por fim, ainda que os protocolos antidiscriminatórios sejam recentes, desde já são evidentes os efeitos de sua aplicação na Justiça do Trabalho, bem como a necessidade de implementação de seu caráter obrigatório pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cristiane Batista; GONÇALVES, Assis Simone. Assédio moral no trabalho, gênero, raça e poder: revisão de literatura. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**. 2018, 43. ISSN: 0303-7657. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100558459015>. Acesso em: 20 de junho de 2025.

BENTO, Cida. **O pacto da branquitude**. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

BURITI, Tamara de Santana Teixeira. A importância dos Protocolos para atuação e julgamento na Justiça do Trabalho na busca pela concretização do compromisso brasileiro de implementar os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) da Agenda 2030 pela comunidade jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região**, Brasília, v. 28, n. 2, 2024, p. 33-46.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília: Planalto. 1943.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013. **Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais**. Diário Oficial da União, Brasília: Planalto, 3 abr. 2013.

BRASIL. Ministério do Trabalho e do Emprego. **Discriminação e assédio no trabalho: Consolidação da Legislação Aplicável**. Brasília, 2023.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua: novos indicadores sobre a força de trabalho – 4º trimestre de 2024**. Rio de Janeiro: IBGE, 2025. 36 p. Disponível em: [ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/.../pnadc_202404_trimestre_novos_indicadores.pdf](ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/.../pnadc_202404_trimestre_novos_indicadores.pdf). Acesso em: 04 julho de 2025.

BRASIL. **Protocolos para atuação e julgamento na Justiça do Trabalho**. org. Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT). Araucária, PR: Impressoart Gráfica e Editora, 2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.(4ª turma). Recurso ordinário trabalhista. Assédio moral no ambiente de trabalho. Protocolo para atuação e julgamento com perspectiva antidiscriminatória, interseccional e inclusiva na Justiça do Trabalho. Racismo linguístico. Assédio moral racializado. Dano moral. Indenização devida. **Processo n. 0000570-49.2023.5.09.0892**, Relator: Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, julgado em 28 fev. 2025. Disponível em: <https://link.jt.jus.br/Ed4QkY>. Acesso em: 25 de junho de 2025.

BRITES, Jurema. Afeto e desigualdade: gênero, geração e classe entre empregadas domésticas e seus empregadores. **Cadernos Pagu**, 2007.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2005. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 131- 132.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Brasil) **Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero**, adotado pela Resolução n 492/2023 do Conselho Nacional de Justiça. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 20 de junho de 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.(Brasil). **Protocolo de Julgamento com Perspectiva Racial**, adotado pela Portaria CNJ n. 73/2024. 2024 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/11/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-racial-1.pdf>; Acesso em: 20 de junho de 2025.

DA COSTA, Ataídes Lemos; REIS, Suzete da Silva. O mundo do trabalho no século XXI e as dificuldades decorrentes do cenário político atual brasileiro aos direitos dos trabalhadores. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 41, 2024. Disponível em: <https://periodicos.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1637>. Acesso em: 20 de junho de 2025.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos**. Organização de Flávia Rios e Márcia Lima. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

GONZALEZ, Lélia. **Racismo e sexismo na cultura brasileira**. In: GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos. Organização de Flávia Rios e Márcia Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: a violência perversa do cotidiano**. 7a. Ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. **Convenção de Belém do Pará**. 1994.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho. **Convenção (no 190) sobre Violência e Assédio**. 2019.

PEREIRA, Camila Franquini. O mecanismo do Fetiche do Igual e seus desvelamentos no filme Que horas ela volta?, de Anna Muylaert. **Estudos Avançados**, v. 38, n. 110, 2024, p. 235-246.

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SANTOS, Ana Cleide. da Silva; NETO, Antônio de Lucena Bittencourt. (2023). Medidas de combate a injúria racial sofrida pelas mulheres negras no mercado de trabalho no Brasil. **Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação**, (10), 4834–4849. <https://doi.org/10.51891/rease.v9i10.11961>.

SILVA, Bruna Gabriella Santiago; ARAUJO, Manuela Aguiar Damião de; SPOSATO, Karyna Batista. “Eu, empregada doméstica”: as reminiscências da escravização no emprego doméstico no Brasil. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 13, n. 02, 2021, p. 1-25.

VILLAS BOAS, Ana Paula. Questão probatória nas demandas envolvendo assédio moral na relação de emprego doméstico. **Escola Nacional da Defensoria Pública da União**, 2020, p. 168-189.

JUSTIÇA DIGITAL E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: COMPARATIVO BRASIL-ARGENTINA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Giovana Oliveira MONTANHER¹

RESUMO

O artigo analisa comparativamente as políticas públicas digitais implementadas no Brasil e na Argentina voltadas ao acesso à justiça de mulheres em situação de violência doméstica durante a pandemia da COVID-19, considerando os desafios impostos pela globalização e pelas fronteiras tecnológicas. Parte-se da hipótese de que tais políticas têm potencial para ampliar o acesso à justiça, mas enfrentam entraves estruturais, desigualdades digitais e falhas na incorporação da perspectiva de gênero, especialmente no atendimento às mulheres vulneráveis socioeconomicamente. A pesquisa, de caráter qualitativo e exploratório, adota metodologia comparativa e documental, com base na análise crítica de legislações, relatórios institucionais, políticas públicas e bibliografia especializada sobre violência de gênero, direitos humanos e tecnologias digitais. Contextualizam-se os avanços normativos de ambos os países, como a Lei Maria da Penha no Brasil (2006) e a Ley 26.485 na Argentina (2009), inseridos em um processo histórico de luta feminista, pressões internacionais e tratados de direitos humanos, como a CEDAW e a Convenção de Belém do Pará. São destacados os impactos da pandemia na intensificação da violência doméstica e as respostas emergenciais digitais adotadas por ambos os países, como aplicativos de denúncia, campanhas de sinalização silenciosa e serviços remotos de atendimento. O estudo conclui que, apesar dos avanços institucionais e tecnológicos, os mecanismos digitais ainda carecem de integração intersetorial, acessibilidade e efetividade prática para garantir, de forma equânime, a proteção e o acesso à justiça das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; Lei Maria da Penha; Violência de gênero.

RESUMEN

El artículo analiza comparativamente las políticas públicas digitales implementadas en Brasil y Argentina orientadas al acceso a la justicia de mujeres en situación de violencia doméstica durante la pandemia de la COVID-19, considerando los desafíos impuestos por la globalización y las fronteras tecnológicas. Se parte de la hipótesis de que dichas políticas tienen el potencial de ampliar el acceso a la justicia, pero enfrentan obstáculos estructurales, desigualdades digitales y fallas en la incorporación de la perspectiva de género, especialmente en la atención a mujeres en situación de vulnerabilidad socioeconómica. La investigación, de carácter cualitativo y exploratorio, adopta una metodología comparativa y documental, basada en el análisis crítico de legislaciones, informes institucionales, políticas públicas y bibliografía especializada sobre violencia de género, derechos humanos y tecnologías digitales. Se contextualizan los avances normativos de ambos países, como la Ley Maria da Penha en Brasil (2006) y la Ley 26.485 en Argentina (2009), insertos en un proceso histórico de lucha feminista, presiones internacionales y tratados de derechos humanos, como la CEDAW y la Convención de Belém do Pará. Se destacan los impactos de la pandemia en la intensificación de la violencia doméstica y las respuestas digitales de emergencia adoptadas por ambos países, tales como aplicaciones de denuncia, campañas de señalización silenciosa y servicios de atención remota. El estudio concluye que, a pesar de los avances institucionales y tecnológicos, los mecanismos digitales aún carecen de integración intersectorial, accesibilidad y efectividad práctica para garantizar, de forma equitativa, la protección y el acceso a la justicia de las mujeres en situación de violencia doméstica y familiar.

1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP); Pós-graduada em ;Direito da Mulher pela Faculdade LEGALE; Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).

PALABRAS CLAVE: Acceso a la justicia; Ley Maria da Penha; Violencia de género.

INTRODUÇÃO

A consolidação da violência doméstica como grave violação de direitos humanos nas últimas décadas decorre de um processo de pressão política global liderado por movimentos feministas, por convenções internacionais como a CEDAW (1979) e a Convenção de Belém do Pará (1994), e pela progressiva incorporação do gênero como categoria jurídica de destaque. No entanto, a forma como os Estados nacionais implementam políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres ainda reflete profundas assimetrias, especialmente em contextos de crise como a pandemia da COVID-19. A emergência sanitária intensificou a violência doméstica em todo mundo e impôs desafios inéditos à garantia do acesso à justiça, exigindo respostas institucionais ágeis e adaptadas ao ambiente digital (Sabará; Rocha, 2022).

É nesse cenário que se insere o problema de pesquisa deste artigo: em que medida as políticas públicas digitais implementadas por Brasil e Argentina durante a pandemia da COVID-19 contribuíram para ampliar o acesso à justiça de mulheres em situação de violência doméstica, considerando as desigualdades estruturais, os limites da conectividade e a incorporação da perspectiva de gênero?

Parte-se da hipótese de que, embora as políticas digitais adotadas em ambos os países tenham potencial de ampliar o acesso à justiça, elas enfrentam entraves significativos: exclusão digital, ausência de articulação intersetorial, limitações orçamentárias e falhas na incorporação da interseccionalidade e do enfoque de gênero, o que compromete sua efetividade, especialmente entre as mulheres vulneráveis socioeconomicamente.

A metodologia adotada é qualitativa, com abordagem comparativa e exploratória, a partir da análise documental de políticas públicas, legislações, relatórios institucionais e literatura especializada sobre gênero, justiça digital e direitos humanos. A escolha do Brasil e da Argentina justifica-se por ambos compartilharem compromissos internacionais semelhantes, trajetória histórica de pressão feminista e um contexto comum de crise pandêmica, embora apresentem diferenças institucionais e estruturais relevantes que enriquecem a análise comparativa.

A construção argumentativa do artigo se organiza em três eixos. No primeiro tópico, discute-se a relação entre globalização, violência doméstica e gênero, com base em abordagens interseccionais e decoloniais, a fim de compreender como a dinâmica neoliberal e as heranças coloniais afetam desigualmente as mulheres e condicionam as respostas estatais. Este marco teórico é essencial para contextualizar os limites estruturais enfrentados pelas políticas públicas no Sul Global.

O segundo tópico analisa os avanços legislativos e compromissos internacionais assumidos por Brasil e Argentina no enfrentamento à violência de gênero, destacando como ambos os países se alinharam a marcos normativos globais. No terceiro tópico, são examinadas as respostas institucionais e digitais adotadas durante a pandemia, com ênfase nas iniciativas voltadas à garantia do acesso à justiça. Aqui, se discute os limites e potencialidades das políticas digitais como mecanismos de enfrentamento à violência doméstica, com base nos dados comparados e no arcabouço teórico adotado. A intenção é avaliar em que medida essas estratégias representam um avanço estrutural na garantia dos direitos das mulheres ou se configuram como respostas emergenciais e fragmentadas.

1. GLOBALIZAÇÃO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: PERSPECTIVAS INTERSECCIONAIS E DECOLONIAIS

A partir dos anos 1980, a violência contra as mulheres passou a ser mais discutida nos países latino-americanos, sobretudo em razão da mobilização dos movimentos feministas (Catoia; Severi; Firmini, 2020). Um marco fundamental nesse processo foi a adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, aprovada em nove de junho de 1994, considerada um dos instrumentos mais importantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que se refere à garantia dos direitos das mulheres (Catoia; Severi; Firmini, 2020).

A Convenção reconhece que a violência pode partir das próprias instituições estatais, ao indicar os Estados como possíveis agentes dessa violação em diferentes trechos de seu texto (Catoia; Severi; Firmini, 2020). Ela impõe aos Estados que a integram uma série de deveres imediatos e progressivos voltados à prevenção, apuração e punição de todas as formas de violência dirigidas às mulheres (Catoia; Severi; Firmini, 2020). Além disso, o documento estabelece uma conexão entre a violência de gênero e a discriminação, ressaltando que essas práticas decorrem de relações de poder desiguais que não se limitam às questões de gênero, mas se entrelaçam com outras formas de dominação e exclusão relacionadas a classe, raça, etnia, renda, cultura, idade ou religião (Catoia; Severi; Firmini, 2020).

Esses avanços normativos contribuíram significativamente para a mudança de entendimento sobre a violência contra as mulheres, especialmente a violência doméstica, que deixou de ser tratada como uma questão restrita ao âmbito doméstico ou às especificidades culturais de cada país, para ser reconhecida no cenário internacional como uma grave violação dos direitos humanos. Esse reconhecimento não surge de forma espontânea, mas é fruto, principalmente, das pressões dos movimentos feministas que desafiam as fronteiras do Estado-nação e denunciam as

desigualdades estruturais que atravessam os corpos das mulheres (Catoia; Severi; Firmini, 2020).

Nesse contexto, a globalização, enquanto fenômeno multifacetado que transcende o campo econômico e abrange dimensões políticas, jurídicas e culturais, embora promova a circulação de discursos emancipatórios e favoreça a criação de redes de solidariedade transnacional, também atua como vetor de reprodução e aprofundamento de desigualdades estruturais, especialmente nos países periférico. É nesse terreno contraditório que se insere a análise da violência doméstica a partir de perspectivas interseccionais e decoloniais. Tais abordagens são fundamentais para compreender como as dinâmicas globais impactam de forma diferenciada as mulheres, considerando não apenas o marcador de gênero, mas de raça, classe, sexualidade, território e outras formas de opressão.

No entanto, ao tentar definir o que chamamos hoje de globalização, pesquisadores de distintas áreas de conhecimento esbarram num fenômeno de múltiplas camadas, cujas raízes se estendem aos debates do século XIX e se adensam ao longo do XX (Miranda; Azevedo, 2016). A engrenagem global, além de reduzir distâncias, repercute sobre a criação de normas, estimula convergências jurídicas e fortalece redes transnacionais dedicadas à defesa dos direitos humanos (Miranda; Azevedo, 2016).

Nesse cenário, a globalização é frequentemente concebida de forma equivocada como um processo homogêneo e inevitável; contudo, seus impactos manifestam-se de maneira desigual entre os distintos Estados, refletindo as particularidades políticas, econômicas e institucionais de cada um (Faria, 2018). Essa assimetria também se reflete na formulação e na implementação das políticas públicas, que passam a ser atravessadas por dinâmicas transnacionais e condicionadas por padrões e agendas globais (Faria, 2018). Nesse sentido, a globalização não apenas cria novas formas de opressão, mas também torna mais visíveis problemas historicamente negligenciados (Wilding, 1997).

A violência doméstica contra as mulheres é um exemplo, passando a ser reconhecida como uma violação dos direitos humanos com implicações transnacionais. Esse deslocamento discursivo e normativo se intensifica à medida que os Estados ratificam tratados internacionais de proteção aos direitos das mulheres, assumindo compromissos jurídicos que os obrigam a desenvolver legislações internas e políticas públicas voltadas à prevenção, repressão e erradicação dessa forma de violência (Miranda; Azevedo, 2016).

Entretanto, como destacam Silva e Saliba (2015), esse processo de globalização não ocorre em um terreno neutro, mas sim em um cenário marcado por profundas desigualdades estruturais. A globalização foi conduzida a partir dos centros do capitalismo, especialmente com a ascensão do neoliberalismo, promovendo uma erosão da soberania dos Estados periféricos e impondo reformas constitucionais e econômicas voltadas à abertura de mercados, à privatização e à desregulamentação

(Silva e Saliba, 2015).

Com base nas reflexões de David Harvey (2006), pode-se afirmar que, a partir da década de 1970, com maior intensidade nos anos 1990, a globalização passou a configurar uma nova ordem mundial, estruturada pela consolidação do neoliberalismo como modelo socioeconômico hegemônico. O cenário global revela um evidente desequilíbrio de poder entre as nações, marcado pela divisão entre um Norte hegemônico e um Sul historicamente subalternizado (Mattos, 2025), uma configuração que remete ao que Fanon (1968, p. 28) descreve como “um mundo cindido em dois”. Tal modelo evidencia que, embora a globalização possa abrir espaços para o reconhecimento de direitos e a difusão de pautas emancipatórias, como a igualdade de gênero, ela também atua de forma seletiva, aprofundando desigualdades e limitando a autonomia dos Estados para responder de maneira eficaz às demandas sociais internas. Além disso, a forma como os Estados respondem a essas demandas é influenciada por diferentes marcadores sociais, o que se torna evidente por meio de uma análise interseccional.

Embora a América Latina e o Caribe sejam reconhecidos por avanços significativos na criação de marcos normativos voltados ao enfrentamento da violência contra as mulheres, a análise da trajetória das políticas públicas na região evidencia um constante tensionamento entre os compromissos internacionais assumidos e as limitações estruturais persistentes no plano interno (Gherardi, 2016). Tal contradição torna-se ainda mais evidente diante do déficit de informações sobre as múltiplas formas de violência de gênero, especialmente aquelas que ocorrem fora do âmbito doméstico, o que compromete a formulação de políticas eficazes e a concretização do dever de diligência dos Estados frente à complexidade da violência contra as mulheres (Gherardi, 2016). Nesse contexto, é importante reconhecer que a globalização não se restringe ao campo econômico; ela afeta profundamente as estruturas políticas e institucionais em escala global (Pinto, 2012), influenciando, por exemplo, a maneira como os Estados constroem e implementam suas respostas a violência de gênero, frequentemente moldadas por lógicas externas que nem sempre dialogam com as realidades locais.

Nesse cenário de globalização marcado pela hegemonia neoliberal e pelo esvaziamento de políticas públicas protetivas, sobretudo nos países periféricos, torna-se indispensável reconhecer o papel das resistências coletivas que emergem de diferentes territórios. Segundo Collins e Bilge (2021), o termo globalização a partir de baixo foi cunhado pela literatura dos movimentos sociais que descreve um modo de articulação política transnacional que não parte dos governos ou das elites globais, mas sim dos movimentos sociais populares, coletivos e marginalizados. Nesse sentido, “Essa expressão se refere a um imaginário político transnacional, a saber, uma forma de visualizar uma ação política que vai além da organização local face a face e da política nacional,

abrangendo um enfoque transnacional mais amplo” (Collins; Bilge, 2021, p.184).

Para Collins e Bilge (2021), o “Imaginário político transnacional” refere-se a uma forma de pensar e construir a ação política que ultrapassa os limites do Estado-nação, permitindo que movimentos sociais conectem suas lutas locais a processos globais de resistência. Essa visão possibilita que problemas enfrentados em contextos específicos sejam compreendidos como parte de um sistema mais amplo de opressões interligadas. Tal imaginário se apoia na interseccionalidade, pois é justamente por meio dessa lente analítica que se revela como diferentes formas de opressão, como o racismo, o sexismo, a exploração de classe, o colonialismo e as hierarquias étnico-religiosas, não atuam de forma isolada, mas de maneira simultânea e entrelaçada (Collins; Bilge, 2021). Assim, a interseccionalidade fornece as bases para que movimentos diversos reconheçam suas causas como conectadas e articulem formas de resistência coletiva em escala global (Collins; Bilge, 2021).

Esse imaginário só se torna possível graças às redes de comunicação alternativas, como plataformas digitais e tecnologias móveis, que viabilizem conexões globais entre movimentos sociais, escapando das narrativas distorcidas ou silenciadas pela mídia tradicional (Collins; Bilge, 2021). Assim, as lutas locais, como aquelas travadas por mulheres latino-americanas contra a violência de gênero, ganham visibilidade e articulação em uma esfera transnacional de enfrentamento às múltiplas formas de dominação.

Os marcos interseccionais são importantes para entendermos como a organização do poder pode afetar o resultado da ação em diferentes grupos, nesse sentido, “os marcos interseccionais revelam as maneiras pelas quais as políticas públicas favorecem as desigualdades sociais (Collins; Bilge, 2021)”. Segundo Collins e Bilge (2021), adotar a interseccionalidade como ferramenta analítica permite compreender como o avanço de Estados neoliberais de caráter coercitivo, aliado à dinâmica do capitalismo global, contribui para a produção e manutenção de hierarquias e divisões sociais fundadas em marcadores como classe, gênero, sexualidade, raça, etnia, deficiência, religião, nacionalidade e território.

Para além da relevância dos marcos interseccionais na compreensão das múltiplas formas de opressão que atravessam as experiências das mulheres, é igualmente fundamental recorrer aos estudos dos feminismos decoloniais quando se busca refletir sobre os efeitos da globalização e da violência doméstica enquanto graves violações de direitos humanos. No contexto latino-americano, onde o legado da colonização ainda estrutura as desigualdades sociais, raciais e de gênero, os feminismos decoloniais oferecem ferramentas teóricas e políticas potentes para desestabilizar os referenciais hegemônicos produzidos a partir do Norte global (Gomes, 2018).

Ao propor uma análise comparada das políticas públicas de enfrentamento à violência de

gênero no Brasil e na Argentina, torna-se imprescindível adotar uma perspectiva que reconheça os efeitos da colonialidade nas instituições estatais, nas formas de produção do conhecimento e nas respostas às demandas das mulheres em situação de violência. Segundo Segato (2021), apenas quatro teorias elaboradas no contexto latino-americano atravessaram a fronteira Sul-Norte e alcançaram projeção global. Entre elas destaca-se a teoria da colonialidade do poder, formulada pelo sociólogo peruano Aníbal Quijano no final do século XX, marcando um ponto de inflexão no pensamento crítico das ciências humanas (Segato, 2021).

No entanto, embora a teoria da colonialidade do poder tenha sido concebida a partir de uma perspectiva latino-americana, é fundamental destacar que sua abrangência não se restringe ao contexto regional (Segato, 2021). Trata-se de uma teoria que interpela as estruturas de poder hegemônicas em escala global, evidenciando como a lógica colonial continua a organizar relações de dominação em todo o mundo (Segato, 2021).

2. AVANÇOS LEGISLATIVOS E COMPROMISSOS INTERNACIONAIS NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL E NA ARGENTINA

No Brasil, mesmo após a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou direitos e garantias fundamentais, como a igualdade, a liberdade, a segurança e a dignidade da pessoa humana, persistem entraves culturais e institucionais que dificultam a efetivação plena desses direitos para as mulheres. A manutenção desse modelo de desigualdade estrutural se expressa em elevados índices de violência doméstica, que atingem de maneira ainda mais intensa mulheres hipossuficientes (Vasconcelos; Andrade; Gomes; Pinto; Malta).

Nesse contexto de desigualdade histórica, a participação das mulheres no processo constituinte de 1988 no Brasil assume papel fundamental, destaca-se a atuação das mulheres por meio da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, documento elaborado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (Brasil, 1987). Essa carta reuniu uma série de reivindicações destinadas à Assembleia Constituinte, entre as quais se incluía o direito à garantia, por parte do Estado, de assistência médica, jurídica, social e psicológica a todas as vítimas de violência (Brasil, 1987). O Conselho também pleiteou pela incorporação, no texto constitucional, dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, especialmente aqueles que consagram os direitos humanos, fundamentais e sociais, incluindo normas que vedam qualquer forma de tratamento discriminatório às mulheres (Brasil, 1987).

A incorporação dessas pautas na Constituição permitiu avanços concretos, como a formulação de legislações específicas voltadas ao enfrentamento da violência. A articulação entre os movimentos sociais e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil fortaleceu a pressão

por políticas públicas que garantissem a efetivação dos direitos das mulheres. Nesse contexto, a promulgação da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, em 2006 pode ser compreendida como um desdobramento direto desse processo histórico e político de reivindicação por justiça e igualdade de gênero.

A Lei Maria da Penha (LMP) é resultado da mobilização de organizações feministas e não apenas consolida compromissos internacionais firmados pelo Brasil, como também inaugura o gênero como paradigma jurídico na formulação de políticas públicas voltadas à proteção das mulheres (Campos, 2024). A LMP instituiu mecanismos para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres, reconhecendo sua universalidade, independentemente de raça, etnia, classe social ou orientação sexual. Sua promulgação marcou um avanço significativo na proteção dos direitos humanos das mulheres no Brasil.

Enquanto o Brasil avançava com a promulgação dessa lei em 2006, a Argentina já havia implementado medidas anteriores no enfrentamento à violência doméstica. Em 1994, doze anos antes da edição da Lei Maria da Penha (Viana; Silva, 2020). Trata-se da Ley de Protección Contra la Violencia Familiar, marco inicial na normatização do tema no país (Viana; Silva, 2020). Com sua entrada em vigor, a Argentina tornou-se o segundo país do MERCOSUL a instituir uma lei que buscava proteger pessoas no contexto de violência intrafamiliar (Viana; Silva, 2020). No entanto, essa norma possuía caráter generalista, voltada à proteção de qualquer indivíduo submetido a agressões físicas ou psíquicas no âmbito familiar, sem contemplar de forma específica as desigualdades de gênero.

Somente alguns anos depois, sob influência de marcos normativos internacionais e da própria Lei Maria da Penha, foi promulgada a Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, representando um avanço significativo, ao constituir a primeira legislação argentina com foco específico na proteção das mulheres em situação de violência de gênero (Viana; Silva, 2020).

De modo semelhante ao caso argentino, a LMP não surgiu de forma isolada, mas resultou de pressões sociais internas e compromissos globais. O surgimento da Lei Maria da Penha não se deu de forma isolada, mas resultou de intensas pressões internas articuladas por movimentos de mulheres, aliadas à responsabilização internacional do Estado brasileiro no Caso Maria da Penha Fernandes, julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2001 (Campos, 2024).

A articulação entre o ativismo nacional e a agenda internacional de direitos impulsionou a adesão do Estado brasileiro a normas que reconhecem a violência de gênero como uma violação de direitos humanos, o que se tornaria fundamental para a construção das bases normativas que

culminaram na LMP e em outras políticas públicas voltadas à proteção das mulheres (Campos, 2024).

Esse alinhamento entre agendas nacionais e internacionais pode ser observado desde a adesão de Brasil e Argentina à CEDAW, em 1978. Trata-se da primeira convenção internacional dedicada exclusivamente aos direitos das mulheres, tendo sido ratificada por 188 países em 1979, entre eles o Brasil e a Argentina (Viana; Silva, 2020). A CEDAW impõe aos Estados signatários o dever de criar ou fortalecer legislações voltadas à proteção das mulheres, compromisso que se traduziu, na prática, na adoção de normativas específicas em grande parte dos países da América Latina (Viana; Silva, 2020).

No caso brasileiro, um marco institucional importante nesse processo foi a criação da primeira Delegacia da Mulher, em 1985, especializada no atendimento a vítimas de violência doméstica e sexual (Piovesan; Pimentel, 2011). Embora nos anos 1990 o debate sobre a violência contra a mulher tenha se intensificado, a conquista de uma legislação específica e abrangente ainda não havia se concretizado, sendo registradas apenas mudanças pontuais no Código Penal (Calazans; Cortes, 2011).

No âmbito internacional, contudo, a década de 1990 foi marcada por avanços significativos, como a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher. No ano seguinte, foi promulgada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, que definiu a violência de gênero como uma violação aos direitos humanos. Conforme seu artigo primeiro, entende-se por violência contra a mulher “[...] qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na privada” (Piovesan; Pimentel, 2011).

Enquanto essas normativas internacionais ganhavam força, as principais ações governamentais voltadas ao enfrentamento da violência contra as mulheres no Brasil se concentravam na criação das Casas-Abrigo e das Delegacias Especializadas, implementadas nos âmbitos federal, estadual e municipal (Brasil, 2011). A realização das Conferências Nacionais de Políticas para as Mulheres foi fundamental para a construção dos Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres e culminou na formulação da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, instituída em 2011 (Santos; Freitas; Ceara-Silva, 2019).

Apesar dos avanços legislativos registrados tanto em âmbito nacional quanto internacional nas últimas décadas, voltados à prevenção e ao enfrentamento da violência de gênero, a Organização Mundial da Saúde (OMS) tem reiterado, ano após ano, a gravidade do cenário na América Latina, onde os índices de violência doméstica e familiar contra a mulher permanecem

alarmantes (Sabará; Rocha,2022) . Em 2017, a América Latina foi considerada o lugar mais violento para as mulheres em todo o mundo, com destaque para as práticas de violência doméstica e familiar (Sabará; Rocha,2022).

No cenário argentino, uma das respostas legais a esse panorama foi a promulgação da Lei 26.791, em 2012, que, promoveu uma reforma substantiva no artigo 80 do Código Penal argentino ao introduzir uma qualificadora do feminicídio passível de pena de prisão perpétua (Viana; Silva, 2020). Para que essa agravante incida, a lei exige que o homicídio tenha como motivação a condição de gênero da vítima e que o autor mantenha com ela vínculo de cônjuge, ascendente ou descendente (Viana; Silva, 2020).

Além da reforma penal, o Estado argentino avançou no plano institucional com a criação da Oficina de Violência Doméstica (OVD) em 2016 (Viana; Silva, 2020). O órgão opera como porta de entrada extrajudicial, funcionando 24 horas por dia, para que mulheres em situação de abuso ou violação de direitos possam relatar os fatos, obter orientação especializada e, quando necessário, acionar imediatamente o sistema de justiça (Viana; Silva, 2020).

Dessa forma, é possível afirmar que tanto o Brasil quanto a Argentina foram progressivamente moldados pela interseção entre compromissos internacionais e pressões sociais internas, resultando em políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero que, embora distintas em sua concepção e aplicação, compartilham do reconhecimento da violência contra a mulher como violação dos direitos humanos.

3. PANDEMIA, DIREITOS DIGITAIS E ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL E NA ARGENTINA

A pandemia da COVID-19 aprofundou desigualdades estruturais já existentes nas sociedades latino-americanas, afetando de forma desproporcional as mulheres em situação de violência doméstica e familiar, principalmente em contexto de vulnerabilidade social (Bicalho, *et al.*, 2023). Medidas de isolamento social, embora essenciais para o controle do contágio, agravaram a convivência forçada com os agressores, tornando o lar um espaço ainda mais inseguro (Sabará; Rocha). Nesse contexto, a adoção de tecnologias e canais digitais emergiu como uma alternativa para garantir o acesso à justiça e a continuidade dos serviços de proteção às mulheres. Brasil e Argentina, embora com estratégias distintas, buscaram adaptar suas respostas institucionais para enfrentar esse novo cenário de vulnerabilidade.

No caso brasileiro, a intensificação da violência doméstica durante o isolamento foi evidenciada por dados oficiais. A Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres registrou um aumento de 17% nos pedidos de socorro feitos pelo número 180 no mês de março, enquanto a

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro constatou um crescimento de 50% nos casos atendidos durante os primeiros dias de confinamento (Galvani, 2020).

Em resposta a esse cenário, o governo brasileiro também implementou medidas com base em recursos digitais. Entre elas, destacam-se o lançamento do aplicativo “Direitos Humanos Brasil”, a ampliação das denúncias via WhatsApp e Telegram no canal “Disque 100” e a campanha “Sinal Vermelho”, que permitiu pedidos de socorro discretos em farmácias (Sabará; Rocha, 2022). Além disso, a promulgação da Lei nº 14.022/2020 reconheceu os serviços de apoio às vítimas como essenciais, manteve a tramitação de processos judiciais relacionados à violência doméstica e autorizou adaptações nos mecanismos de proteção à mulher (Sabará; Rocha, 2022).

Um estudo realizado na Argentina constatou que os riscos de violência doméstica eram menores durante as fases da pandemia em que não havia necessidade de isolamento domiciliar (Ebert; Steinert, 2021). Nesse sentido, no país, estratégias semelhantes foram desenvolvidas. Foram criadas campanhas de denúncia por meio de palavras-código por telefone e lançada a iniciativa “Barbijo Rojo”, que transformou farmácias em locais seguros para relatar situações de violência (Sabará; Rocha, 2022). A campanha “Tú no te quedas en casa” disponibiliza abrigos para vítimas, garantindo sua separação física dos agressores (Sabará; Rocha, 2022). O país também firmou parceria com o WhatsApp para criar um “call center silencioso”, com atendentes treinados para receber pedidos de ajuda de maneira discreta (Sabará; Rocha, 2022). Outras medidas adotadas incluíram a permissão para que mulheres e pessoas LGBTI+ em situação de violência saírem do confinamento obrigatório, a retirada imediata do agressor por parte das forças policiais e a prorrogação automática das medidas protetivas por 60 dias (Sabará; Rocha, 2022). Assim como no Brasil, os canais de denúncia passaram a operar de forma contínua.

Nesse sentido, o processo de digitalização das políticas públicas, especialmente no campo dos direitos humanos, revelou-se fundamental para a ampliação do acesso à justiça nesse caso. Contudo, quando se trata de mulheres em situação de violência, esse processo exige mais do que conectividade: requer o compromisso do Estado em garantir que os serviços públicos digitais sejam acessíveis, humanizados e orientados para a proteção integral da dignidade.

Como observa Portaluppi (2022), os direitos digitais devem ser entendidos como uma nova dimensão dos direitos sociais, devendo compor o mínimo existencial assegurado pelo Estado. Nesse sentido, não basta o fornecimento técnico de infraestrutura, mas a construção de redes digitais que atendam de maneira igualitária à população em maior vulnerabilidade, como é o caso das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

No contexto brasileiro, a realidade vivenciada por essas mulheres é marcada por profundas vulnerabilidades estruturais, como a predominância de moradias precárias, muitas vezes construídas

em palafitas e desprovidas de saneamento básico e acesso à água potável, o que dificulta a adoção de cuidados essenciais à prevenção da COVID-19 (Souza; Castro-Silva, 2022). Além disso, grande parte desse grupo é composta por mulheres negras, em situação de pobreza, com acesso limitado a recursos materiais, como aparelhos celulares e conexão à internet, e dependentes, em sua maioria, de serviços públicos (Beno; Liima, 2020).

Diante desse cenário de desigualdades socioeconômicas e digitais, evidencia-se que os direitos digitais não podem ser compreendidos apenas como ferramentas tecnológicas, mas como condição material indispensável para o acesso efetivo à justiça e para a implementação de políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica. Persistem, contudo, desafios estruturais que limitam o alcance dessas iniciativas: a cobertura insuficiente de internet em áreas rurais e periferias urbanas, a dificuldade de manutenção de equipamentos digitais pelas mulheres em situação de vulnerabilidade, a falta de acessibilidade para pessoas com baixa escolaridade. Fortalecer as redes eletrônicas de atendimento, ampliando sua presença em territórios marcados pela precariedade habitacional e pela ausência de serviços básicos, além de garantir conexões estáveis e seguras para mulheres com acesso limitado a recursos digitais, teriam sido passos fundamentais naquele momento.

Em síntese, tanto o Brasil quanto a Argentina adotaram respostas digitais e institucionais relevantes para garantir a proteção de mulheres em situação de violência durante a pandemia. As estratégias adotadas reforçam a importância da articulação entre direitos digitais e políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero, especialmente em contextos emergenciais. No entanto, os desafios permanecem: o acesso desigual às tecnologias e aos serviços públicos e a ausência de estrutura em regiões mais vulneráveis ainda limitam o alcance dessas medidas. Avançar no fortalecimento das redes digitais de atendimento e garantir sua capilaridade territorial são passos fundamentais para consolidar o acesso à justiça como direito efetivo para todas as mulheres.

CONCLUSÕES

A análise desenvolvida permitiu evidenciar que, a despeito dos avanços institucionais e tecnológicos observados no Brasil e na Argentina, as políticas públicas digitais implementadas durante a pandemia da COVID-19 ainda se mostram insuficientes para assegurar, de forma plena, o acesso à justiça de mulheres em situação de violência doméstica e familiar. A emergência sanitária, ao mesmo tempo em que impulsionou a adoção de mecanismos digitais como estratégias de mitigação dos riscos agravados pelo isolamento social, também escancarou desigualdades estruturais persistentes, expressas na exclusão digital, na precariedade habitacional e na baixa integração entre os diferentes serviços e setores da rede de proteção.

As experiências comparadas indicam que a mera disponibilização de canais digitais de denúncia e atendimento, por si só, não é capaz de superar os obstáculos enfrentados por mulheres em contextos de maior vulnerabilidade social. Torna-se imprescindível que as políticas públicas avancem para além da dimensão tecnológica.

Em síntese, as iniciativas digitais configuram ferramentas relevantes no enfrentamento à violência doméstica, mas sua efetividade depende de um desenho institucional contínuo, articulado e orientado para a redução das desigualdades que marcam o acesso à justiça. Somente a partir dessa abordagem será possível consolidar tais mecanismos como instrumentos permanentes e garantir a efetivação do direito das mulheres em situação de violência doméstica ou familiar.

REFERÊNCIAS

BICALHO, Ana Clara Santos; Santos, Ana Júlia Castro; Silva, Gabriela de Oliveira Maciel; Costa, Laila Santos da; Oliveira, Nathália Gomes de; Nascimento, Talita Santos; Silva, Rosângela Ramos Veloso; Brito, Maria Fernanda Santos Figueiredo; Pinho, Lucinéia de. Violência doméstica em professores da rede pública estadual durante a pandemia da COVID-19. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, v. 72, n. 1, p. 37-44, 2023.

BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Rede de enfrentamento à violência contra as mulheres: diretrizes e ações*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/09/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2025.

BUENO, S.; Lima, R. S. (coord.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020.

CALAZANS, Myllena; Cortes, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de. Violência baseada no gênero na lei Maria da Penha: um conceito em disputa. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 4, p. 1–27, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/72628>. Acesso em: 28 jul. 2025.

CATOIA, Cinthia de Cassia; Severi, Fabiana Cristina; Firmino, Inara Flora Cipriano. Caso “Alyne Pimentel”: violência de gênero e interseccionalidades. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 28, n. 1, e60361, 2020.

COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. Tradução de Rane Souza. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2021. E-book.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER (Brasil). *Carta das mulheres aos constituintes: 1987-1988*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987.

EBERT, C.; Steinert, J. I. Prevalence and risk factors of violence against women and children during COVID-19, Germany. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 99, n. 6, p. 429-438,

2021.

Fanon, Frantz. *Os Condenados da Terra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Globalização, Estado nacional e políticas públicas. In: FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *Políticas públicas e relações internacionais*. Brasília: ENAP, 2018.

GALVANI, Giovanna. Violência doméstica na quarentena: como se proteger de um abusador? *CartaCapital*, 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/saude/violencia-domestica-na-quarentena-como-se-proteger-de-um-abusador/>. Acesso em: 15 abr. 2025.

GHERARDI, Natalia. Violência Contra Mulheres na América Latina. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. v. 13, n. 24. p. 129-136, 2016

GOMES, Camilla de Magalhães. Gênero como categoria de análise decolonial. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 65–82, jan./abr. 2018.

HARVEY, David. Notas hacia una teoría del desarrollo geográfico desigual. In: Harvey, David. *Spaces of global capitalism*. London; New York: Verso, 2006. p. 69-115.

MATTOS, Marcelo Brandão. Não o Sul, mas Suis: pluralidade e impermanência nas contemporâneas formulações do pensamento pós-colonial – diálogos literários africanos e afrodescendentes. *Gragoatá, Niterói*, v. 30, n. 67, e66264, maio-ago. 2025.

MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: A opção descolonial e o significado de identidade em política. Tradução de Ângela Lopes Norte. *Cadernos de Letras da UFF*, n. 34, p. 287-324, 2008.

MIRANDA, Luiza de; Azevedo, Vanessa Claro de. Globalização e direitos humanos: novas configurações do espaço público. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 134–157, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1764>. Acesso em: 15 jun. 2025.

ONU. Relatora da ONU: Estados devem combater violência doméstica na quarentena por COVID-19. *Nações Unidas*, 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relatora-da-onu-estados-devem-combater-violencia-domestica-na-quarentena-por-covid-19/>. Acesso em: 15 abr. 2025.

PINTO, Céli Regina Jardim. Globalização vis-a-vis a história do nacionalismo na América Latina: o caso do Brasil. *Pensamento Plural, Pelotas*, n. 11, p. 7–25, jul./dez. 2012.

PIOVESAN, Flávia; Pimentel, Silvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101–118.

PORTALUPPI, Edney Alessandro. Políticas públicas digitais para efetivação dos direitos sociais e humanos. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas, Encontro Virtual*, v. 8, n. 1, p. 73–92, jan./jul. 2022.

SABARÁ, Maria Tereza Ribas; Rocha, Ana Laís Prudencio. Enfrentamento à violência doméstica durante a pandemia da COVID-19 no Brasil, Uruguai e Argentina. *Humanidades e Inovação*, Palmas, TO, v. 9, n. 1, p. 45–65, 2022.

SANTOS, Nathaliê Cristo Ribeiro dos; Freitas, Rita; Ceará-silva, Glauber Lucas. Violência conjugal lésbica: relatos de assistentes sociais que atendem mulheres na cidade de Niterói. *Revista Ser Social*, São Paulo, n. 134, p. 124–141, 2019.

SEGATO, Rita. *Crítica da colonialidade em oito ensaios: e uma antropologia por demanda*. Tradução de Danú Gontijo e Danielli Jatobá. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021.

SILVA, Mauri da; Saliba, Maurício Gonçalves. Globalização e direito: perda de soberania do Estado e reforma constitucional na periferia do capitalismo. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 85–103, jul./dez. 2015.

SOUZA, Josilene Brandão de; Castro-Silva, Carlos Roberto de. Pandemia da covid-19 e o aumento da violência doméstica em território vulnerável: uma resposta de base comunitária. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 31, n. 4, e220227pt, 2022.

VASCONCELOS, Nádia Machado de; Andrade, Fabiana Martins Dias de; Gomes, Crizian Saar; Pinto, Isabella Vitral; Malta, Deborah Carvalho. Prevalência e fatores associados à violência por parceiro íntimo contra mulheres adultas no Brasil: Pesquisa Nacional de Saúde, 2019. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 24, 2021.

VIANA, Ana Luiza Mendes; Silva, Cristian Kiefer da. Um estudo comparado entre a legislação brasileira e a legislação argentina: a violência doméstica em destaque. In: COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coords.). *Direitos plurais e inclusivos na sociedade democrática*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020..

WILDING, Paul. Globalization, regionalism and social policy. *Social Policy & Administration*, v. 31, n. 4, p. 410–428, 1997.

OBRA LITERÁRIA E SISTEMA JUDICIAL: CLARICE LISPECTOR E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Maria Fernanda PIRES¹
Renato BERNARDI²

RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise interdisciplinar entre Direito e Literatura, com foco na obra de Clarice Lispector e a atuação do Ministério Público no enfrentamento à violência doméstica. A pesquisa parte da premissa de que a literatura, ao representar vivências marcadas por opressão e desigualdade de gênero, pode contribuir significativamente para a formação crítica dos leitores, em especial no ambiente educacional. Por meio da análise de contos selecionados da coletânea *Todos os Contos* (2016), busca-se identificar representações simbólicas da violência contra a mulher, observando como essas narrativas ecoam aspectos da realidade social e jurídica brasileira. O estudo também examina os avanços legislativos, especialmente a Lei Maria da Penha, e o papel do Ministério Público como agente de transformação social. Ao integrar arte, educação e justiça, a pesquisa pretende demonstrar como a literatura pode ser uma ferramenta estratégica na construção de políticas públicas e na promoção da equidade de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Literatura; Clarice Lispector; Violência Doméstica; Ministério Público.

ABSTRACT

This article proposes an interdisciplinary analysis between Law and Literature, focusing on the work of Clarice Lispector and the role of the Public Prosecutor's Office in combating domestic violence. The research is based on the premise that literature, by representing experiences marked by oppression and gender inequality, can contribute significantly to the critical formation of readers, especially in the educational environment. Through the analysis of short stories selected from the collection *Todos os Contos* (2016), the aim is to identify symbolic representations of violence against women, observing how these narratives echo aspects of the Brazilian social and legal reality. The study also examines legislative advances, especially the Maria da Penha Law, and the role of the Public Prosecutor's Office as an agent of social transformation. By integrating art, education and justice, the research aims to demonstrate how literature can be a strategic tool in the construction of public policies and in the promotion of gender equality.

KEYWORDS: Literature; Clarice Lispector; Domestic Violence; Public Prosecutor's Office.

INTRODUÇÃO

A literatura é uma forma de manifestação artística que ousa questionar e representar a realidade. Desde tempos remotos, o ser humano utiliza a escrita para expressar suas ideias, projetando sua visão de mundo e compartilhando suas experiências individuais.

1 Graduada pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e revisora da Revista COR LGBTQIA+

2 Realizou estágio de pós-doutorado no CESEG (Centro de Estudios de Seguridad) da Universidad de Santiago de Compostela, Espanha. Doutor em Direito do Estado (subárea Direito Tributário) - PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional - ITE-Bauru. Professor efetivo do curso de Bacharelado em Direito do CCSA, Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Professor Convidado do PPGD da Universidade de Marília - UNIMAR. Procurador do Estado de São Paulo desde 1994.

Por meio das narrativas, o leitor pode se enxergar nos personagens ou vivenciar, ainda que indiretamente, realidades que talvez nunca experimentasse, desenvolvendo assim uma maior compreensão sobre a condição do outro e de sua realidade.

A partir da representação, pode-se tornar presente aquilo que está ausente, ou seja, pode-se demonstrar pela narração da literatura vivências e realidades distantes do leitor e aproximá-lo daquilo que para ele poderia ser algo distante.

Esta pesquisa se propõe a identificar, por meio da interpretação de contos selecionados da coletânea *"Todos os Contos"* (2016), publicada pela Editora Rocco, as representações de fenômenos jurídicos e sociais presentes na obra de Clarice Lispector. Os contos selecionados para fazer parte do trabalho são: "O triunfo", "Uma tarde Plena" e "A língua do P", sua escolha se dão por uma questão de didática e de síntese que um trabalho científico necessita, já que faz parte de um trabalho maior, qual seja, trabalho de conclusão de curso (TCC).

A pesquisa reside em tentar demonstrar como as narrativas presentes nesses contos, representam fenômenos jurídicos e sociais relacionados à violência contra a mulher, e de que forma essa representação pode contribuir para o enfrentamento da violência de gênero por meio da educação básica e da atuação do Ministério Público conjuntamente.

Foi utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio do qual se partiu de premissas maiores a respeito da manifestação da violência contra a mulher para o entendimento do assunto, até o alcance de premissas menores, analisando, como foco central, a obra de Clarice Lispector e o Ministério Público.

Utilizando uma metodologia exclusivamente teórica, por meio de revisão bibliográfica, ao analisar interpretativamente os contos selecionados da coletânea *Todos os Contos* (2016). A análise se concentrará na identificação das formas de violência descritas na obra. Posteriormente, serão discutidas as possibilidades de aplicação dessas representações literárias como ferramentas pedagógicas na educação básica e estratégias de prevenção adotadas pelo Ministério Público para combater a violência doméstica.

LITERATURA E DIREITO

Levando-se em consideração que a Arte é vista por intermédio de seu valor, ou seja, da capacidade de estabelecer impacto no restante da sociedade. A respeito, Luhmann refere que as obras de arte são verdadeiros prognósticos. Elas se antecipam à evolução social, tornando-se, frequentemente, sua mola propulsora. Dessa forma, inegável o impacto do valor da Arte no sistema social (Luhmann, 1996).

A literatura, enquanto manifestação artística, tem a capacidade de questionar paradigmas, desafiar padrões e promover inovação. Esse movimento de reprodução e transformação da cultura pela literatura tem sido analisado por teóricos como Pierre Bourdieu, que o descreveu através do conceito de *habitus*, um conjunto de disposições internalizadas que orientam práticas e comportamentos.

Para Roger Chartier, o conceito de representação reforça a ideia anteriormente apresentada de, por meio de palavras ou imagens tornar presente algo que está ausente, sendo a palavra entendida como “instrumento de um conhecimento mediador que faz ver um objeto ausente através da substituição por uma imagem capaz de o reconstituir em memória e de o figurar como ele é (Chartier, 1990).

Dessa forma, a Literatura não apenas representa vivências, mas também reflete como o Direito é aplicado na sociedade, pois pode representar a situação regulamentada no texto da lei, facilitando a compreensão pelos cidadãos daquilo que o legislador pretende tutelar.

O conceito de *habitus* nos permite compreender como as experiências de vida acumuladas por um indivíduo e sua visão de mundo única influenciam profundamente seu processo de tomada de decisão. *Habitus* não é um conjunto rígido de regras, mas sim um sistema dinâmico de disposições – formas de pensar, perceber e agir – que são moldadas pelo nosso ambiente social e cultural.

Quando um jurista se permite ser impulsionado por conceitos e vivências distintas das suas, ele é capaz de expandir sua própria concepção de mundo. Essa ampliação não só enriquece sua visão de mundo, mas também o habilita a compreender de forma mais profunda a situação do indivíduo cujo direito ele precisa tutelar.

A grande questão, então, é: como essa expansão pode ocorrer de forma eficaz? Uma resposta assertiva para isso reside na literatura. A leitura de obras literárias oferece ao jurista uma janela para realidades diversas, permitindo-lhe imergir em contextos sociais, culturais e emocionais que talvez nunca experimentasse diretamente. Ao se deparar com personagens e enredos que espelham diferentes realidades, o profissional do direito desenvolve uma capacidade de análise que vai além do texto legal.

(...) Entretanto, e nisso verdadeiramente enciclopédica, a literatura faz girar os saberes, não fixa, não fetichiza nenhum deles; ela lhes dá um lugar indireto, e esse indireto é precioso. Por um lado, ela permite designar saberes possíveis – insuspeitos, irrealizados: a literatura trabalha nos interstícios da ciência: está sempre atrasada ou adiantada com relação a esta, [...]. A ciência é grosseira, a vida é sutil, e é para corrigir essa distância que a literatura nos importa. (Barthes, 2013)

Essa relação é defendida por Dworkin, que recomenda que os juristas estudem não apenas a interpretação literária, mas também outras formas de interpretação artística. Segundo ele, essas

áreas apresentam uma diversidade de teorias interpretativas ainda maior do que no Direito, incluindo aquelas que questionam a rígida separação entre descrição e valoração, um problema que enfraquece a teoria jurídica (Dworkin, 2002).

Para sustentar sua tese, Dworkin propõe a “Hipótese Estética”, segundo a qual interpretar uma obra literária significa buscar a melhor forma de leitura, ou seja, aquela que revela o texto como a melhor obra de arte possível. Assim, ele utiliza a interpretação literária como referência para o método central da análise jurídica (Dworkin, 2002).

Para aprimorar a interpretação construtiva, tornando-a uma ferramenta eficaz para analisar o direito como uma prática social, Dworkin a desmembra em três estágios interpretativos. O primeiro, a etapa “pré-interpretativa”, foca na identificação do direito em si. Em seguida, a etapa “interpretativa” busca atribuir-lhe um significado e uma justificação. Por fim, a etapa “pós-interpretativa” visa encontrar a interpretação mais adequada, aquela que melhor se ajusta às exigências da prática jurídica (Dworkin, 2003). Para o objetivo de pesquisa, a fase de adequação pode ser complementada pela análise literária de textos que retratam a experiência concreta da norma, não apenas para os juristas, mas também para os indivíduos que precisam entender o que a norma tutela para que possa denunciar abusos.

Para o autor, quando se trata da interpretação de uma lei, Constituição ou outro documento jurídico dentro de um contexto histórico e doutrinal, a intenção do autor do texto tem um papel relevante. No entanto, escolher qual dos diversos significados dessa intenção é o mais adequado não pode depender exclusivamente da intenção original do legislador. Essa decisão deve ser tomada por quem analisa o caso, com base em uma fundamentação teórica e política.

A trama das histórias representa e produz a identificação de sujeitos, humanizando-os. Em sua concepção mais primária, é também o processo de humanização da pessoa que está na base dos códigos legais que regem a vida de uma sociedade. Portanto, colocar em diálogo dois campos do conhecimento aparentemente distintos revela uma distância que se apresenta maior entre as formas e nem tanto quanto ao seu conteúdo. A mensagem e a narrativa com seus dilemas são fundamentalmente os mesmos – por isso a facilidade de representação entre um e outro e a facilidade do diálogo entre o texto literário e o jurídico (Carvalho, p.2, 2023).

No campo da sociologia, este argumento encontra amparo na teoria da representação social. Conforme ressaltado por Pierre Bourdieu (2007), essa teoria se debruça sobre como os indivíduos, dentro de seus grupos sociais, interpretam, constroem e representam suas experiências no mundo, moldando assim sua realidade social.

A interdisciplinaridade proposta neste contexto articula o universo ficcional e o campo jurídico para elucidar situações jurídicas. A literatura, ao dialogar com o Direito, contribui para a construção de novos saberes, trabalhando com elementos como a ficção, a encenação e a realidade disfarçada.

Essa interlocução entre literatura e Direito também fomenta a empatia e a ética no exercício da atividade jurídica. Ao se envolver com narrativas literárias, o jurista é estimulado a reconhecer a complexidade das experiências humanas e a multiplicidade de perspectivas que influenciam o comportamento social. Essa sensibilidade aprimorada contribui para uma interpretação jurídica mais humana e justa, capaz de considerar as particularidades de cada caso, afastando-se de interpretações rígidas e mecânicas. Dessa forma, a literatura não apenas enriquece o aparato teórico do Direito, mas também atua como ferramenta pedagógica e formativa, ajudando a moldar profissionais do Direito mais conscientes de seu papel social e mais aptos a promover a justiça de forma inclusiva e contextualizada.

REPRESENTAÇÃO DA MULHER NA LITERATURA BRASILEIRA

Ao analisar o espaço ocupado pelas mulheres na sociedade ao longo do tempo, é difícil confrontar a realidade de que, por muitos séculos, as mulheres não foram consideradas sujeitos de direitos iguais aos homens.

Traços excludentes podem ser identificados até mesmo na Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 5º, afirma que "todos são iguais perante a lei", mas sente a necessidade de, no inciso I, destacar que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (Planalto, 1988). Essa reafirmação seria desnecessária se o conceito de igualdade já fosse compreendido como englobando as mulheres.

O privilégio de deter direitos fez com que os homens ocupassem, historicamente, uma posição de dominação nas relações, sentindo-se superiores por poderem decidir sobre suas vidas pessoais, sociais e intelectuais. Às mulheres, era atribuído, quase exclusivamente, o papel de "boa esposa", evidenciando uma violência simbólica em que o dominado não consegue pensar em sua condição, por encará-la como natural, conforme Bourdieu (2019).

Com o passar do tempo, o discurso sobre a "natureza feminina" consolidou-se no século XVIII, apresentando à burguesia uma concepção estritamente romântica da mulher. Na segunda metade do século XIX, o Rio de Janeiro se tornou o principal cenário para o surgimento e fortalecimento de uma burguesia, especialmente a aristocrática, que seria a principal consumidora de obras literárias, em particular os Romances Urbanos (Pereira; Gillies, 2018).

Esses romances surgiram inicialmente como folhetins em jornais, voltados majoritariamente ao público feminino. O objetivo dessas obras era, em grande parte, moldar um ideal de feminilidade, construindo um modelo de mulher, sobretudo a burguesa, que correspondesse aos valores morais e sociais daquela classe.

Á mulher é negada a autonomia – a subjetividade- que a criação representa. É-lhe atribuída somente a procriação. Ela está simbolicamente excluída da cultura e torna-se a encarnação dos extremos da Alteridade, aquele misterioso e intransigente. Outro confrontado com veneração e medo, com amor ou ódio. Demônio ou fantasma, anjo ou fada. Ela é mediadora entre o artista e o desconhecido instruindo-o em degradação ou exalando pureza. Ela é musa ou criatura não criadora. (Telles, 1988, p.1)

Somente a partir da década de 1970 a literatura passou a incluir, de forma mais evidente, a discussão sobre outros espaços possíveis para as mulheres, além das orientações atribuídas a elas. Esse movimento foi protagonizado por autores que, apesar de escreverem sob pseudônimos ou no anonimato, inseriram suas perspectivas e experiências no campo literário.

Entre essas autoras, destaca-se Clarice Lispector, cuja obra desafiou os padrões estéticos e narrativos da época. Seus contos, frequentemente centrados em inquietações cotidianas femininas, romperam com a estrutura clássica de começo, meio e fim, causando estranhamento entre os críticos que questionaram a legitimidade de sua escrita como literatura. Lispector chegou a considerar usar pseudônimo, mas seu editor a incentivou a ter liberdade para escrever o que quisesse.

Então disse ao editor: só público sob pseudônimo. Até já tinha escolhido um nome bastante simpático: Cláudio Lemos. Mas ele não aceitou. Disse que eu tinha que ter liberdade para escrever o que quisesse. Sucumi. (Lispector, p.527, 2016).

Com o tempo, Lispector construiu personagens femininas que refletiam explicitamente as diversas formas de violência vivenciadas no cotidiano, dentro e fora do ambiente doméstico. Em sua escrita, essas violências eram frequentemente representadas com traços de ironia ou sarcasmo, revelando não apenas as consequências sociais desses abusos, mas também a naturalização dessas práticas na sociedade.

Os contos de Clarice Lispector são atravessados por uma incessante busca linguística e por uma constante mutabilidade gramatical, o que dificulta uma leitura apressada de suas obras (Moser, 2016). No conto “O triunfo”, por exemplo, observa-se a presença de uma narradora cuja permanência é indefinida ao longo do texto. Ainda assim, ela manifesta um desejo latente pela volta do companheiro, como se apenas por meio desse retorno pudesse alcançar um sentimento de completude.

Tinham brigado [...] E aquela sensação já experimentada outras vezes em que brigavam: se ele for embora, eu morro, eu morro [...] Ele foi embora [...] Como viveria agora? Sempre vivera ali com ele. Ele era tudo. Só ele existia. (Lispector, p.28-31, 2016).

No conto “Uma Tarde Plena”, a protagonista — cuja identidade não é revelada — entra em um ônibus e se depara com um animal ao lado de um homem. Inicialmente, ela se espanta, sem conseguir identificar de que animal se trata. No entanto, logo depois, sente-se privilegiada por estar sentado tão próximo a ele. Ao longo do conto, seu relato revela uma mulher simples, habituada a uma rotina doméstica monótona, sem grandes mudanças. Justamente por isso, diante de uma

situação incomum, ela se sente especial por estar presenciando aquele momento. A cena pode ser interpretada como uma metáfora da vida cotidiana de uma mulher limitada pelos papéis tradicionais do lar, sem espaço — ou sequer a ideia — de ser algo além disso. Ainda assim, ela se sente privilegiada por, ainda que brevemente, ocupar o papel de protagonista em sua própria história.

Uma mulher, depois de se sentar no ônibus e de lançar uma tranquila vista de proprietária pelos bancos, engoliu um grito: ao seu lado, na mão de um homem gordo, estava aquilo que parecia um rato inquieto e que na verdade era um vivíssimo sagui [...] Mas era um privilégio da mulher estar ao lado do personagem principal [...] (Lispector, p.515, 2016).

Avançando a leitura da obra, no conto “A língua do P”, observa-se que a personagem Cidinha embarca em um trem e, ao se acomodar em seu assento, nota a entrada de dois homens no mesmo vagão. A maneira como os indivíduos passam a observar intensamente gera nela um incômodo profundo. Em seguida, os homens iniciam uma conversa em um idioma que Cidinha não consegue compreender, o que intensifica sua sensação de insegurança. Tomada pelo medo de ser violentada, a personagem adota uma estratégia de proteção: simula ser uma prostituta, acreditando que, dessa forma, perderia o interesse dos homens e evitaria uma possível agressão.

Meu Deus, pensou a moça, o que é que eles querem de mim? Não tinha resposta. E ainda por cima era virgem. Por que, mas por que pensara na própria virgindade? Então os dois homens começaram a falar um com o outro [...] Que língua era aquela? De repente percebeu: eles falavam com perfeição a língua do “p”. Assim: Vopocê reperaparou pou napa mopoçapa boponipitapa?- Jápá vipi tupudopo. É pé linpindapa. Espetápá nopo papapopo. Queriam dizer: você reparou na moça bonita? Já vi tudo. É linda. Está no papo. Cidinha fingiu não entender: entender seria perigoso demais [...] Os dois continuaram:- Queperopo cupurrapar apa mopoçapa. Epe vopocêpê ?- Tampambépém. Vapaipe serper nopo tupunelpel. Queriam dizer que iam currá-la no túnel...O que fazer? Cidinha não sabia e tremia de medo. Ela mal se conhecia. Aliás nunca se conhecera por dentro. Quanto a conhecer os outros, aí é que piorava. Me socorre, Virgem Maria! Me socorre! Me socorre! - Sepe repesispis tirpir popodepemospos mapatarpar epelapa. Se resistisse podiam matá-la. Era assim então.- Compom umpum pupunhalpal. Epe roupoubarpar epelapa. Matá-la com um punhal. E podiam roubá-la (LISPECTOR, p.579, 2016).

A partir dessa representação literária, é possível perceber como a violência doméstica foi historicamente construída e legitimada, até mesmo dentro das escritas literárias, a ponto de ser compreendida por muitas mulheres como parte de uma normalidade, onde o sofrimento e a agressão são aceitos como inevitáveis.

Em seus contos, a autora aborda diversas formas da violência contra a mulher, incluindo a descrição de assédio sexual, referências ao estupro e ao feminicídio. Contudo, a profundidade de sua obra reside na exposição da dupla violência a que muitas mulheres são submetidas: a violência perpetrada pelo agressor e aquela, igualmente perversa, emanada do sistema, em particular da responsabilização da vítima, um reflexo de um sistema judiciário ainda permeado por vieses de gênero.

Representando nos contos, temas que são constantes na realidade brasileira. Dados do relatório institucional *Atlas da Violência* de 2025 apontam que, somente no ano de 2023, quase

quatro mil mulheres foram vítimas de feminicídio (Cerqueira; Bueno, 2025). O mais alarmante é que esse padrão de violência não aparece como eventos isolados, mas como resultado de trajetórias contínuas de violência de gênero, frequentemente iniciadas por agressões físicas, psicológicas e sexuais. Tais violências se transformam ao longo da vida das vítimas, mas permanecem presentes de maneira persistente.

Nesse contexto, a educação básica assume um papel crucial no enfrentamento das questões de gênero na sociedade. A utilização de obras literárias, que oferecem um olhar íntimo sobre a violência doméstica, como ela ocorre, e como muitas mulheres vivem e acreditam ser natural esses comportamentos agressivos de seu parceiro, revela-se uma estratégia poderosa para a formação de estudantes com senso crítico e para o enfrentamento da violência doméstica no sentido de se denunciar mais os casos que ainda, infelizmente, estão mascarados pelas relações domésticas.

LITERATURA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

O Brasil apresenta elevados índices de violência, os quais se manifestam de forma ainda mais acentuada quando se trata da realidade enfrentada pelas mulheres. Em muitos casos, os atos de violência ocorrem justamente nos espaços que, teoricamente, deveriam proporcionar segurança: os lares. A violência doméstica configura-se, portanto, como uma grave violação de direitos humanos.

A legislação, ao reconhecer a vulnerabilidade específica da mulher no contexto das relações domésticas e familiares, evidencia a necessidade de uma proteção jurídica diferenciada, baseada no princípio da isonomia material. No contexto brasileiro, a consolidação de mecanismos legais voltados à proteção da mulher ocorreu de forma tardia, motivada por pressões internacionais e por decisões emblemáticas no sistema interamericano de direitos humanos.

Um exemplo notório é a condenação do Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em virtude da negligência e omissão no caso de Maria da Penha Maia Fernandes. A vítima, após quase duas décadas de buscas por justiça, finalmente obteve o reconhecimento institucional da violência sofrida, que incluiu duas tentativas de feminicídio praticadas por seu então companheiro (Instituto Maria da Penha, 2018).

Em resposta, foi promulgada a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Este diploma legal representa o principal instrumento normativo brasileiro voltado ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. Em seu artigo 7º, a referida lei estabelece, de forma categórica, as formas de violência abrangidas, que incluem violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, promovendo uma abordagem multidimensional do fenômeno da violência de gênero.

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (PLANALTO, 2006).

Com os avanços realizados a partir da regulamentação da Lei Maria da Penha e o amplo acesso à informação, a violência contra a mulher tem ganhado destaque de forma cada vez mais alarmante.

No entanto, diferentemente do que se esperava, os índices de violência não apresentaram redução significativa. Isso pode ser explicado tanto pela persistência dos episódios de agressão quanto pela maior possibilidade e efetividade das denúncias, que hoje são feitas de forma mais contundente.

Diante da complexidade da questão e da permanência dos altos índices de violência, especialmente a violência doméstica, como apontado pelo *Atlas da Violência de 2025*, torna-se indispensável a adoção de abordagens multidimensionais. Essas devem articular, de maneira integrada, políticas públicas eficazes, medidas legais rigorosas e iniciativas educativas voltadas à conscientização e prevenção, a fim de promover mudanças estruturais e culturais na sociedade.

Ainda no relatório anual *Condiciones de Salud en Las Americas* (OMS/OPAS,1991), outros aspectos relevantes do problema são apontados:

"Um fator significativo da vitimização pode ser o fato de que a mulher foi socializada para ser mais desvalorizada, passiva, resignada e submissa que o homem. Sem dúvida, a explicação da origem deste fenômeno, e sua magnitude, há que buscá-la nos fatores culturais e psicossociais que predisõem o agressor a cometer esta violência e nas formas em que a sociedade tolera, e inclusive estimula, este comportamento. A maior parte desta

violência se tolera em silêncio, se legitima em leis e costumes e se justifica como 'tradição' cultural. Sua forma mais endêmica são os maus-tratos à esposa, o qual ocorre de forma universal em todos os grupos raciais, culturais e socioeconômicos. A prevalência real de maus-tratos a mulheres não se conhece, dado que os casos de abuso seguem sendo pouco notificados. Por um lado, porque a mulher se envergonha do fato, o aceita, teme represálias do companheiro, ou da família, ou porque não encontra apoio no sistema jurídico."

Outrossim, o Ministério Público (MP) possui um papel central na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) para proteger mulheres em situação de violência doméstica e familiar. De acordo com o artigo 25 da lei, o órgão deve intervir em todas as causas cíveis e criminais que surgirem dessa violência, mesmo quando não for parte direta no processo (Planalto, 2006).

Além disso, o artigo 26 da mesma lei detalha outras atribuições essenciais, como a requisição de força policial e serviços públicos de saúde, educação, assistência social e segurança para atender às necessidades das vítimas, cabendo também a responsabilidade por fiscalizar estabelecimentos públicos e particulares que atendem mulheres em situação de violência, tomando medidas administrativas ou judiciais imediatas em caso de irregularidades. Por fim, o Ministério Público deve cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, contribuindo para a produção de dados e o aprimoramento das políticas públicas (Planalto, 2006).

No entanto, isso não é tudo. Considerando o protagonismo social do Ministério Público e o poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), diversas normativas foram editadas com o objetivo de induzir políticas públicas voltadas à coletividade. Entre essas iniciativas, destaca-se a elaboração de um guia prático de atuação, que orienta os membros do Ministério Público na promoção de uma atuação mais eficaz e alinhada com os direitos das vítimas (CNMP, 2019).

Em consonância com a ideia de concretização do acesso à justiça, a Resolução n. 243/2021 do CNMP estabelece que os Ministérios Públicos devem criar e estruturar gradualmente núcleos ou centros de apoio às vítimas. Como reflexo dessa normativa, diversos estados da federação e o Distrito Federal já vêm se organizando para implementar essas estruturas, restando apenas algumas unidades que ainda não instituíram ou finalizaram a organização de seus respectivos núcleos.

A criação de núcleos ou centros especializados com equipes técnicas multidisciplinares capacitadas representa uma estratégia importante para o aprimoramento da atuação ministerial. O objetivo é garantir o atendimento integral às vítimas, considerando a complexidade dos casos.

Esses núcleos devem ser instituídos com base em critérios como a gravidade e a magnitude dos fatos vitimizantes, bem como a natureza das violações de direitos envolvidas. Suas estruturas devem observar princípios fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o respeito, a autonomia da vontade, a confidencialidade, o consentimento e o direito à informação. Tudo isso deve ocorrer sem prejuízo do atendimento rotineiro já prestado pelo Ministério Público às

vítimas (CNMP, 2022).

Diante desses avanços significativos e já regulamentados, que posicionam o Ministério Público como um agente ativo no enfrentamento à violação dos direitos das vítimas, propõe-se aqui a ampliação dessa atuação por meio da conexão com o ambiente escolar. Ao aproximar o Ministério Público das escolas — por meio de palestras, rodas de conversa e ações educativas — haveria uma universalização do conhecimento normativo sobre a violência doméstica.

Essa articulação permitiria aos alunos não apenas reconhecerem situações de violência presentes em seus lares, mas também compreenderem como agir diante delas e quais são as possíveis consequências jurídicas, como, por exemplo, a possibilidade de afastamento do agressor do lar em caso de descumprimento de medida protetiva, sua prisão.

Portanto, a proposta consiste em integrar a atuação educativa do Ministério Público com o trabalho literário desenvolvido nas escolas, promovendo uma abordagem paralela e complementar. Tal integração não se distancia das atribuições institucionais do Ministério Público, pois é comum que promotores realizem atividades externas com a finalidade de conscientização, aproximação com a comunidade e fortalecimento da cidadania. O diferencial aqui seria o diálogo direto com a literatura, que, ao abordar a violência doméstica de forma simbólica e crítica, poderia potencializar o incentivo à denúncia.

CONCLUSÃO

A partir da análise interdisciplinar entre Direito e Literatura, especialmente por meio da obra de Clarice Lispector, este estudo demonstrou como a literatura pode ser um instrumento estratégico e pedagógico no enfrentamento da violência doméstica. As representações simbólicas de opressão e desigualdade de gênero presentes nos contos selecionados revelam não apenas a persistência das estruturas patriarcais, mas também a potência da ficção como meio de denúncia e sensibilização.

Ao aproximar o universo literário do campo jurídico, promove-se uma formação mais sensível, crítica e humanizada dos profissionais do Direito, capazes de compreender as múltiplas dimensões da violência e de atuar de maneira mais eficaz na proteção das vítimas. A atuação do Ministério Público, especialmente no contexto da Lei Maria da Penha e das normativas do CNMP, reforça a necessidade de ações concretas e articuladas com outros setores sociais, como a educação.

Nesse sentido, a proposta de integrar a literatura ao ambiente escolar, em conjunto com a presença ativa do Ministério Público, representa uma estratégia eficaz de democratização do conhecimento jurídico e de incentivo à denúncia de casos de violência. A escola torna-se, assim, um espaço privilegiado para a construção de uma cultura de respeito, equidade e prevenção da violência

de gênero.

Além disso, a abordagem literária permite que estudantes, ainda em formação de valores, reconheçam com mais facilidade os sinais de relações abusivas e compreendam seus direitos. Quando inserida de forma crítica e orientada no currículo escolar, a literatura contribui para romper com a naturalização da violência e abrir espaços de diálogo sobre temas que, muitas vezes, permanecem silenciados no ambiente familiar. Essa educação preventiva pode atuar de maneira decisiva para reduzir os índices de violência no futuro, ao formar cidadãos mais conscientes, empáticos e informados.

É relevante destacar que este trabalho integra uma pesquisa mais ampla ainda em desenvolvimento, encontrando-se, portanto, em estágio inicial. Nesse sentido, espera-se que investigações futuras aprofundem o diálogo entre os campos jurídico e literário, com base em dados empíricos e propostas pedagógicas concretas, que fortaleçam as políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica. Por ora, conclui-se que a interlocução entre Direito e Literatura não apenas enriquece o campo teórico e formativo das ciências jurídicas, mas também pode gerar impactos práticos e transformadores na sociedade. A literatura educa, emociona, denuncia e, sobretudo, humaniza - papel fundamental para que o Direito cumpra efetivamente sua função de justiça.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, M. C. D. **Gênero, violência e subversão: o ensino jurídico como prática de liberdade**. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/9193/1/21106575.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2025.

BORDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

CARVALHO, Gilda. **Clarice Lispector: escrita como forma de resistência**. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, [201-?]. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/4409959/gilda+carvalho.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2025.

CARVALHO, Gilda. **Literatura e Direito: encontro e possibilidades**. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 89, p. 325–331, jul./set. 2023. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/4409959/gilda+carvalho.pdf>.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). **Atlas da violência 2025**. Brasília: Ipea; São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2025. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. 326 p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Recomendação nº 128, de 15 de fevereiro de 2022**. Recomenda a adoção do "Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero" no âmbito

do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>. Acesso em: 7 jul. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução nº 154, de 13 de julho de 2012.** Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/58>. Acesso em: 7 jul. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016.** Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 7 jul. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução nº 253, de 4 de setembro de 2018.** Define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_253_04092018_05092018141948.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2025.

LISPECTOR, Clarice. **Minhas queridas.** Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

LISPECTOR, Clarice. **Todos os contos.** 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

LUHMANN, Niklas. **A obra de arte e a auto-reprodução da arte.** In: OLINTO, Heidrun Krieger (org.). *Histórias da literatura.* São Paulo: Ática, 1996. p. 255.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO. **Ministério Público e o combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres.** Disponível em: [https://mpmt.mp.br/site/storage/webdisco/arquivos/minist%20p%20p%20ablico%20e%20o%20combate%20%20viol%20%20ancia%20dom%20%20stica%20contra%20as%20mulheres%20\(1\).pdf](https://mpmt.mp.br/site/storage/webdisco/arquivos/minist%20p%20p%20ablico%20e%20o%20combate%20%20viol%20%20ancia%20dom%20%20stica%20contra%20as%20mulheres%20(1).pdf). Acesso em: 7 jul. 2025.

PEREIRA, Bruno César; GILLIES, Ana Maria Rufino. **Romances urbanos: a representação da mulher na literatura brasileira do século XIX, a partir de uma análise das obras Memórias de um sargento de milícias (1854) e Senhora (1875).** *Revista Eletrônica História em Reflexão*, Dourados, MS, v. 12, n. 23, p. 187–209, 2018. Disponível em: <file:///c:/users/user/downloads/rafadeabreu,+13-+10-+7970.pdf>.

SANTOS, Alice dos; BRESSAN, Luciana Braga; PAQUIELA, Larissa Cristina Kremer dos Santos. **“É assim que acaba”: diálogos sobre a violência doméstica entre literatura e realidades.** *Revista Contemporânea*, Marabá, v. 4, n. 11, p. 1–21, 2024. Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/6585/4706>. Acesso em: 6 jun. 2025.

TELLES, N. **As mulheres loucas da literatura.** *Escritablog*, 2012. Disponível em: <http://escritablog.blogspot.com/2012/02/memoria-as-mulheres-loucas-da.html>. Acesso em: 6 jun. 2025.

PDL 89/2023: AFRONTA À CONSTITUIÇÃO E AOS DIREITOS HUMANOS

Andreia Garcia MARTIN¹

Emanuele Giachini BOTELHO²

Juliana Izar Soares da Fonseca SEGALLA³

RESUMO

Este texto tem como objetivo analisar o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 89/2023, que busca sustar os efeitos da Resolução nº 492/2023 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Essa Resolução do CNJ tornou obrigatória a aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero por toda magistratura, visando uma prestação jurisdicional mais adequada e justa, uma vez que considera a realidade de desigualdade e vulnerabilidades históricas que as mulheres enfrentam. Partindo do exame da igualdade como princípio e direito constitucional, notando também os compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil no que tange à igualdade de gênero, outra

- 1 Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUC/SP). Mestra em Direito, pela Instituição Toledo de Ensino em Bauru (ITE). Especialista em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa (Itália). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de São José do Rio Preto/SP (2002). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Minas Gerais - sob o n. 187.973. Tem experiência na área do Direito, dentre suas subáreas possui conhecimentos e desenvolvimentos em: Direitos Humanos, Direito Constitucional e Inclusão Social de Minorias e Grupos Vulneráveis, em especial as pessoas com Deficiência. Líder do Grupo de Pesquisa, certificado pelo CNPQ: IRIS (Igualdade, Reconhecimento e Inclusão Social: Minorias e Grupos Vulneráveis). Tem experiência acadêmica-profissional em gestão de educação superior, tutoria em educação a distância e docência do ensino superior. Atualmente é Professora Efetiva da Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Ituiutaba/MG do Curso de Direito, em que leciona a disciplina de Direito Constitucional e é Coordenadora do Curso de Direito da UEMG - Ituiutaba no biênio 2024-2026. Avaliadora de Curso "ad hoc" do INEP/MEC.
- 2 Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual Norte do Paraná - UENP. Professora de Direito em Regime Especial (CRES) na UENP - Universidade Estadual Norte do Paraná, desde 07/2024. Pesquisadora integrante do Igualdade, Reconhecimento e Inclusão Social: Minorias e Grupos Vulneráveis - IRIS (endereço de acesso: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4411113930848069). Pesquisadora Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Novas Tecnologias da UENP. Professora Coordenadora do Projeto de Extensão "CARTILHAS DE INFORMAÇÃO DO PROGRAMA "EU ME PROTEJO" : CAPACITAÇÃO DE PROFESSORES DA EDUCAÇÃO INFANTIL E DOS PRIMEIROS ANOS DO ENSINO FUNDAMENTAL PARA ABORDAGEM DE TEMAS RELACIONADOS À PREVENÇÃO E COMBATE À VIOLÊNCIA INFANTIL" na UENP. Professora colaboradora do Projeto de Extensão "CARTILHAS DE INFORMAÇÕES SOBRE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: ESCLARECIMENTO AOS SERVIDORES DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ". Professora integrante da Comissão de Eventos da Uenp. Professora Coordenadora da comissão da IV Feira de Profissões 2025 da UENP no Campus de Jacarezinho/PR. Professora de Pós-graduação em Direito Previdenciário da UNOESTE - Campus de Jaú/SP. Advogada atuante desde 2004.
- 3 Pós-Doutoranda em Democracia e Direitos Humanos pelo IGC/CDH da Universidade de Coimbra (2025) . Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2015). Mestra em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - Instituição Toledo de Ensino (2008). 2 Líder do Grupo de pesquisa "IRIS - Igualdade, Reconhecimento e Inclusão Social: Minorias e Grupos Vulneráveis" (UEMG); e membra dos Grupo "Direito, Discriminação de Gênero e Igualdade" (PUC-SP) e "Direito, Democracia e novas tecnologias" (UENP). Hoje é Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Paraná (UENP). Foi Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade de Araraquara (2022-2024). É Professora no Curso de Pós-Graduação de Direito Antidiscriminatório e no Curso de Pós-Graduação em Direito de Família. (Minha Pós). Lecionou no Curso de Pós-graduação em Direito da Diversidade e Inclusão (Legale). Membro do Cadastro Nacional e Internacional de Avaliadores do CONPEDI(CNIAC). É coordenadora do Projeto de Extensão "Cartilhas sobre a importância do Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero" e sub-coordenadora do Projeto de Extensão "Eu me Protejo", amos da UENP. Faz parte do quadro de Avaliadores da Revista Brasileira de Direito (QUALIS A1). Membro do Conselho Consultivo da Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Membro da Comissão Estadual de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência da OAB/SP. Vice-Presidente da Autistas Brasil. Diretora da Coalizão Nacional de Mulheres. Membro da Frente Nacional de Mulheres com Deficiência. Membro do Grupo SINGULARIDADES. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-Araraquara (2022-2024). Membro da Comissão Estadual de Direitos das Pessoas com Deficiência da OAB/SP(2022-2024). Advogada.

não poderia ser a conclusão senão que o PDL 89/2023 não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico, pois é inconstitucional, inconvenção e antijurídico, além de representar retrocesso tanto para os direitos das mulheres quanto para a própria realidade social delas. O estudo utiliza o método de raciocínio dedutivo, partindo de documentos normativos para argumentar que o Protocolo é essencial para combater a desigualdade de gênero e promover a igualdade material no sistema de justiça. A pesquisa também é de cunho bibliográfico e documental, baseando-se em obras de diversos autores, artigos científicos e decisão da Corte Interamericana de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: desigualdade de gênero; Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero; Direitos das mulheres; retrocesso social; Projeto de Decreto Legislativo 89/2023.

ABSTRACT:

This text aims to analyze Legislative Decree Project (PDL) 89/2023, which seeks to suspend the effects of Resolution No. 492/2023 of the National Council of Justice (CNJ). This CNJ Resolution mandated the application of the Protocol for Gender-Responsive Judgment across the judiciary, aiming for a more adequate and fair judicial service, since it considers the reality of inequality and historical vulnerabilities faced by women. Based on an examination of equality as a principle and constitutional right, and also noting Brazil's international commitments regarding gender equality, the conclusion cannot be other than that PDL 89/2023 finds no support in our legal system, as it is unconstitutional, unconventional, and unlawful, in addition to representing a setback for both women's rights and their social reality. The study uses deductive reasoning, drawing on normative documents to argue that the Protocol is essential for combating gender inequality and promoting material equality in the justice system. The research is also bibliographical and documentary in nature, drawing on the works of various authors, scientific articles, and decisions of the Inter-American Court of Justice.

KEYWORDS: gender inequality; Protocol for Gender-Responsive Judgment; Women's rights; social setback; Legislative Decree Project 89/2023.

1. INTRODUÇÃO

A busca pela justiça e pela igualdade é um dos pilares de qualquer Estado que se pretenda democrático. Contudo, a aplicação do direito, por muito tempo, desconsiderou as assimetrias sociais, culturais e históricas que impactam a vida e as experiências de grupos vulnerabilizados, em especial as mulheres. A desconsideração dessas particularidades invisibiliza a desigualdade e, ironicamente, perpetua a injustiça. O sistema de justiça, enquanto reflexo da sociedade, frequentemente reproduz essas estruturas de opressão, que se manifestam de forma estrutural e interseccional, cruzando-se com outras formas de discriminação como o racismo, o capacitismo e as desigualdades sociais. Em um esforço para corrigir essa falha histórica, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) promulgou a Resolução nº 492/2023, que instituiu o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Este instrumento é um marco para a promoção da equidade e para a prestação de uma tutela jurisdicional mais adequada e justa em casos que envolvam mulheres e meninas.

Apesar da sua fundamental importância, a Resolução do CNJ está sob ameaça do Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 89/2023, que tramita no Congresso Nacional com a finalidade de sustar os efeitos da referida Resolução. A alegação central do PDL é de que o CNJ teria extrapolado sua competência (usurpando competência do Poder Legislativo e do Supremo Tribunal Federal).

A tentativa de sustação da Resolução 492/2023 e, portanto, anulação da exigência de aplicação do Protocolo através de um PDL precisa ser enfrentada sob o ponto de vista jurídico e social, pois representa um embate direto entre o avanço dos direitos humanos e a pauta da extrema-direita, que avança no mundo todo.

O presente artigo tem como objetivo central analisar a inconstitucionalidade e o caráter de retrocesso social do PDL 89/2023. Num primeiro momento analisar-se-á a igualdade de gênero na Constituição Federal e os compromissos internacionais do Brasil.

Posteriormente, destaca-se a importância do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

Na sequência o texto abordará o PDL 89/2023, demonstrando seus vícios jurídicos e o retrocesso social que ele representa.

Por fim, as considerações finais sintetizarão as conclusões da pesquisa, reforçando a necessidade da defesa e da plena aplicação do Protocolo, como exigência de nosso Estado Democrático de Direito.

Registre-se que a metodologia utilizada nesta pesquisa foi o método de raciocínio dedutivo, partindo de instrumentos amplos, tais como documentos normativos das mais variadas naturezas e decisões judiciais (MEZZAROBÀ, MONTEIRO, 2016), visando constatar que para combater a desigualdade de gênero no sistema de justiça e promover a igualdade material, é necessário que o Protocolo seja compreendido e aplicado por todos os envolvidos no sistema de justiça, e não apenas pelos magistrados. O tipo da pesquisa foi a bibliográfica, pois nos baseamos em variados autores e autoras, obras e artigos científicos, no afã de fundamentar adequadamente esta pesquisa; bem como documental, por meio da jurisprudência e ato normativo emanado pelo CNJ.

2. A IGUALDADE DE GÊNERO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu, desde o seu Preâmbulo, a igualdade como um dos valores supremos de nosso Estado Democrático. Em vários dispositivos do texto constitucional é possível perceber implícita ou explicitamente o princípio da igualdade como norteador normativo-interpretativo. Dessa forma, tal princípio deve ser utilizado tanto pelo legislador quanto pelo intérprete e pelo aplicador da lei.

O conhecido artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe expressamente sobre o direito à igualdade, consagra em nível constitucional o que também é reconhecido como direito humano⁴. Além disso, é imperativo mencionar que, dentre os objetivos da República, previstos no artigo 3º da Lei Maior, estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos ou discriminações e a redução das desigualdades.

Portanto, vale dizer que o Estado brasileiro tem o dever de agir positivamente no sentido de reduzir as desigualdades sociais.

Ensina Maria Aparecida Gugel (2006, p. 46):

O ‘direito à igualdade’ consigna uma aspiração mais ampla, um valor assegurado pelo Estado, para uma sociedade caracterizada no Preâmbulo da Constituição como fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias. Esse direito de ser igual necessita alcançar as desigualdades de fato e, para que isso ocorra efetivamente, exige que se concretizem os devidos acertos.

No mesmo sentido, conforme Canotilho (1999, p. 338), o princípio da igualdade não pode ser interpretado como um “*princípio estático indiferente à eliminação das desigualdades*”.

Embora não caiba neste estudo uma análise aprofundada acerca da igualdade formal e da igualdade substancial, é preciso mencionar que o Constituinte Originário não se limitou a prever apenas a “igualdade perante a lei” (igualdade formal), mas possibilitou, a partir da redação de todo o texto constitucional, que o princípio seja utilizado para concretização de uma igualdade real, enriquecendo o alcance da isonomia. Renata Malta Vilas-Bôas (2003, p. 21) afirmou: “não sendo o princípio da igualdade formal suficiente para se atingir a igualdade, uma vez que não vem acompanhado de institutos hábeis para torná-lo um princípio eficaz, evoluímos para o princípio da igualdade material”. Nesse passo, também é oportuno trazer o ensinamento sobre a igualdade substancial de Celso Bastos (2001, p. 187), para quem não se trata “de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida”.

Assim, evidente que a igualdade substancial admite a discriminação legítima e reconhece a necessidade de tratamento diferenciado àqueles grupos ou pessoas que estão em desvantagem em razão de circunstâncias específicas.

Por conta do objeto desta pesquisa, lança-se luz à igualdade de gênero, prevista textualmente no artigo 5º, inciso I, da Lei Maior, o qual estabelece, de forma inequívoca, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Desse modo, é notória que a preocupação do Constituinte em registrar expressamente essa igualdade de gênero no texto constitucional, com objetivo de fazer uma repetição pedagógica (já que o *caput* do

4 Art. 1 da Declaração de Direitos Humanos da ONU 1948: Artigo 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

próprio artigo 5º dizer que TODOS são iguais), para que não reste dúvidas acerca disso, afinal a História mostra milênios de exclusão, vulnerabilização e invisibilidade das mulheres enquanto sujeitos de direitos.

Em relação ao Brasil, uma sociedade colonizada, marcada por séculos de patriarcado e discriminação de gênero, tratar homens e mulheres da mesma forma, sem considerar suas diferentes realidades, resultaria em uma manutenção das injustiças e na perpetuação da vulnerabilidade das mulheres. Por isso, a Constituição brasileira, alinhada à ideia de um constitucionalismo moderno, busca a igualdade material, impondo ao Estado o dever de atuar ativamente para remover os obstáculos que impedem a plena realização dessa igualdade.

Destarte, o Judiciário enquanto Poder estatal, tem de observar em suas ações e decisões os ditames constitucionais acerca igualdade e não discriminação. A aplicação da perspectiva de gênero no sistema de Justiça é, portanto, um desdobramento lógico e necessário do mandamento constitucional de igualdade substancial. Ignorar as desigualdades de gênero na prestação da tutela jurisdicional significa ignorar a própria realidade e os fatores estruturais que impactam a experiência e a posição da mulher na sociedade e, consequentemente, distanciar-se da justiça.

Não há dúvida que função judicial não pode ser meramente técnica, mas deve ser também socialmente responsável, considerando o contexto no qual a demanda se insere. O Judiciário, ao reconhecer e agir sobre as assimetrias de gênero, não está sendo parcial, mas sim cumprindo seu dever constitucional de garantir a igualdade, por isso, acertou o Conselho Nacional de Justiça ao elaborar o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero e, posteriormente, ao tornar obrigatória sua observação por toda magistratura, através da Resolução 492/2023, como se verá a seguir.

3. A IMPORTÂNCIA DO PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Primeiro que tudo, bom é notar que a Resolução nº 492/2023 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabelece a obrigatoriedade da aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero a todos os magistrados, foi um grande acerto para a equidade processual e para a tentativa de uma prestação jurisdicional mais adequada e justa.

É fato notório que a desigualdade de gênero é estrutural e estruturante em nossa sociedade e, além disso, encontra intersecção com outros marcadores sociais, que também são sistemas de opressão, como racismo, capacitismo, desigualdades econômicas e sociais etc.

Aliás, na apresentação do Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça, responsável pela elaboração desse Protocolo há uma informação que vale ser registrada:

Este protocolo é fruto do amadurecimento institucional do Poder Judiciário, que passa a reconhecer a influência que **as desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas a que estão submetidas as mulheres ao longo da história exercem na produção e aplicação do direito** e, a partir disso, identifica a necessidade de **criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas**. (CNJ, 2021, p. 8)

As mulheres, como visto, estão historicamente em desvantagem e em desigualdade de condições/oportunidades em relação aos homens em praticamente todos os espaços. Há um desequilíbrio evidente nessa balança. Logo, numa demanda processual isso não é diferente e, dessa forma, brilhante a afirmação de Ana Luisa Schmidt Ramos (2025, p.31) de que **“parcial é o juiz que não aplica o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero”**.

Então, digna de aplausos a determinação do CNJ acerca da utilização do Protocolo, visando contribuir com a igualdade material das partes num processo judicial, rechaçando estereótipos de gênero e incentivando uma mudança de paradigma cultural em relação à mulher enquanto sujeito de direitos.

O Protocolo, portanto, é uma ferramenta útil e necessária a ser utilizada pelo julgador, a qual lhe fornece as lentes de gênero para análise do caso concreto em demanda judicial.

É importante alertar que muitos são os que estarão ligados ao caminho processual até se chegar ao julgamento, então, todos os envolvidos no sistema de justiça podem e devem observar sua atuação procedimental a partir das lentes de gênero.

Diante desse cenário, a determinação do CNJ é um acerto para a promoção da igualdade material entre as partes, combatendo estereótipos de gênero e incentivando uma mudança de paradigma cultural.

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero é um documento abrangente, dividido em três partes: a primeira oferece uma base teórica, com conceitos sobre gênero, interseccionalidade e direitos humanos das mulheres; a segunda parte é um guia processual para magistrados, com orientações práticas para a condução de processos em diversas áreas do direito; e a terceira parte aborda questões específicas dos ramos da Justiça, como a criminal, a cível, a do trabalho e a eleitoral. Em um processo criminal, por exemplo, o Protocolo orienta o magistrado a considerar a dinâmica da violência de gênero e a evitar a revitimização da vítima. Em um processo de família, ele sugere a análise da assimetria de poder entre os cônjuges.

É certo, desse modo, que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero contribui para uma mudança cultural dentro do poder judicial, promovendo uma abordagem mais sensível e empática às realidades vividas pelas vítimas de desigualdade de gênero.

Como visto, apesar de o Protocolo ser direcionado aos magistrados, é necessário que sua importância seja compreendida por todos os agentes do sistema de justiça. A tutela jurisdicional é o

resultado de uma complexa engrenagem, que inclui o trabalho de advogados, membros do Ministério Público e servidores. A perspectiva de gênero deve permear todas as etapas processuais, desde o primeiro atendimento ao cidadão até a execução da sentença, para que o julgamento final seja, de fato, livre de preconceitos e injustiças. A atuação do Ministério Público, da advocacia e dos servidores.

Oportuno, ainda, frisar que o Protocolo deve ser observado ao longo de todas as ações que envolvam a prestação jurisdicional e não se restrinja apenas ao momento da sentença.

Almeja-se, assim, um ambiente jurídico igualitário com práticas que combatam a discriminação de gênero. Assim, tem-se que “a tutela judicial deve ser adequada, efetiva e célere, de modo a assegurar a igualdade substancial entre as partes e a promoção de um ambiente saudável e seguro para as mulheres” (CAMBI; NOSAKI; FACHIN, 2023, p. 61).

Em outras palavras, trata-se de colocar em prática o ideário de justiça social buscando a concretização da própria dignidade das mulheres que necessitam do sistema de justiça. E mais, aventa-se “reduzir o impacto desproporcional das normas sobre determinadas pessoas, concedendo às minorias o direito à igualdade substancial” (CNJ, 2021, p. 9).

A elaboração do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero se traduz, ainda, no reconhecimento de que existe desigualdade de gênero no sistema de justiça, e tal reconhecimento resulta em considerar diferentes experiências, necessidades e realidades vivenciadas pelas mulheres. Portanto, a adoção do protocolo enquadra-se numa política pública de equidade de gênero, que leva em consideração as especificidades afeitas às mulheres envolvidas nos processos judiciais para se evitar tratamentos discriminatórios.

Nesse sentido:

O principal objetivo do protocolo é de afastar as avaliações baseadas em estereótipos e preconceitos, se comprometendo com uma atuação ativa por parte do Judiciário, na desconstrução e superação de desigualdades históricas e de discriminação de gênero. (SALES; DAMASCENO; REYMÃO, 2023, p. 17).

Ademais, nota-se que a Resolução 492/2023 do CNJ é resultado de processo técnico e plural, instituído por grupo de trabalho interinstitucional e interseccional, com base em compromissos constitucionais e internacionais do Estado brasileiro para a promoção da igualdade de gênero, sobre os quais falaremos no tópico a seguir.

2.1 Os Compromissos Internacionais Assumidos Pelo Brasil

Além da determinação constitucional, ressalta-se que o Brasil assumiu compromissos internacionais no que tange à igualdade de gênero. Essas obrigações assumidas no âmbito internacional, incorporadas no ordenamento jurídico interno, determinam que o Estado brasileiro

tome as medidas necessárias para o seu cumprimento.

Dentre os principais instrumentos internacionais de proteção aos direitos das mulheres assinados e incorporados internamente pelo Brasil, destacam-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW – ONU, 1979), que começou a vigorar em parte⁵ em nosso país em 1984, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995 e com vigor interno a partir de 1996 (Decreto 1.973, de 1º de agosto de 1996).

Ainda sobre os instrumentos internacionais, não se pode esquecer que em 2022 começa a valer em nosso plano interno, com **força de norma constitucional** (uma vez que teve aprovação congressual com o quórum qualificado do parágrafo 3º do artigo 5º da CF), a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto 10.932, de 10 de janeiro de 2022), documento no qual é reforçada a obrigação de capacitação institucional para enfrentar desigualdades estruturais, inclusive aquelas baseadas em gênero e raça. Ou seja, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero vai ao encontro desse compromisso internacional assumido pelo Brasil.

Interessante, também, mencionar que o Brasil já sofreu condenações internacionais por violar direitos humanos das mulheres. Exemplo disso foi o julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no emblemático caso Márcia Barbosa de Souza vs. Brasil (2019), no qual o Estado brasileiro sofreu condenação e foi determinado que o Brasil deveria promover a capacitação de seus operadores de justiça em perspectiva de gênero e raça. A Corte entendeu que a violência sofrida por Márcia Barbosa de Souza foi agravada pela falta de diligência do Estado e pela ausência de uma perspectiva de gênero na condução do processo. Diz o item 150 da Sentença condenatória:

150. Tendo em vista as considerações acima, o Tribunal conclui que a investigação e o processo penal pelos fatos relacionados ao homicídio de Márcia Barbosa de Souza tiveram um caráter discriminatório por razão de gênero e não foram conduzidos com uma perspectiva de gênero de acordo com as obrigações especiais impostas pela Convenção de Belém do Pará. Portanto, o Estado não adotou medidas dirigidas a garantir a igualdade material no direito de acesso à justiça em relação a casos de violência contra as mulheres, em prejuízo dos familiares de Márcia Barbosa de Souza. Esta situação implica que, no presente caso, não foi garantido o direito de acesso à justiça sem discriminação, assim como o direito à igualdade.⁶

Portanto, mais uma vez se percebe que a adoção do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, cuja obrigatoriedade se dá a partir da Resolução 492/2023 do CNJ, atende a

5 O Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, revogou inteiramente o 89.460, de 20 de março de 1984 e, então, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher vigora integralmente no Brasil.

6 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero/> . Acesso em 01.ago.2025.

determinação da Sentença da CIDH, que condenou o Brasil no caso Márcia Barbosa de Souza, além de ser também uma resposta direta aos compromissos internacionais assumidos pelo país e uma medida essencial para que o sistema de justiça brasileiro se alinhe aos padrões internacionais de proteção dos direitos humanos.

Assim, fato é que a perspectiva de gênero não deve ser considerada uma agenda ideológica, mas uma exigência legal que decorre da nossa própria Constituição e dos Tratados Internacionais que o Brasil ratificou.

4. PDL 89/2023: INCONSTITUCIONALIDADE E RETROCESSO SOCIAL

Em 25 de junho de 2025 foi emitido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) parecer, de relatoria da deputada Bia Kicks, indicando a constitucionalidade jurídica, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 89/2023, de autoria da deputada Chris Tonietto.

Diz a ementa do referido PDL:

Ementa

Susta os efeitos da Resolução n. 492, de 17 de março de 2023, do Conselho Nacional de Justiça, que “estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário”

Inegável que esse Projeto de Decreto Legislativo, que busca sustar a Resolução 492/2023 do CNJ, representa um grave retrocesso social e jurídico. A proposta, que tem o objetivo de anular uma política pública de igualdade, baseia-se em argumentos falhos e desconsidera a natureza e a competência do CNJ, além de representar um ataque à independência do Poder Judiciário. A inconstitucionalidade, a inconveniência, a antijuridicidade e o caráter retrógrado do PDL precisam ser percebidos. Vejamos:

Os equívocos do PDL 89/2023 residem em diversos pontos. Em primeiro lugar, o projeto se baseia em uma premissa equivocada de que o Conselho Nacional de Justiça usurpou competência do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional quando a Resolução 492/2023 traz a previsão de cursos e capacitações para magistrados. Assim está colocado na Justificação⁷ do PDL:

Em suma, o Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de institucionalizar ideias ligadas à “teoria de gênero”, usurpou competência do Supremo Tribunal Federal, criando obrigações aos magistrados e ao Poder Público sem que haja qualquer referência legislativa para tanto.

⁷ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2252689&filename=PDL%2089/2023 . Acesso em 30.jul.2025.

A Constituição Federal reconhece o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) enquanto órgão do Poder Judiciário (art. 92, I-A), cuja estrutura de composição e competência estão disciplinadas no art. 103-B do texto constitucional. Destarte, o CNJ tem competência expressa para **zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, inclusive por meio da edição de atos normativos**.

Sob outra perspectiva, teoria dos **poderes implícitos** pode e deve ser aplicada à questão. De acordo com essa teoria, já consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando a Constituição concede uma competência explícita a um órgão, ela também concede os poderes necessários para que essa competência seja exercida de forma completa. Tal interpretação busca garantir que as normas constitucionais sejam eficazes e que fins institucionais dos órgãos autônomos sejam alcançados, conforme GIL (2025)⁸.

Cabe, também, aqui a lição de Silvia Souza e Hedio Silva Jr. (2025):

Ao regulamentar a capacitação de magistradas e magistrados em temas como gênero, raça, etnia e direitos humanos, o CNJ atua dentro de sua competência constitucional, exercendo função normativa voltada à melhoria da prestação jurisdicional e à garantia dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Essa atuação é amparada, por exemplo, no artigo 103-B, § 4º, da Constituição, que permite expressamente ao conselho expedir atos regulamentares no âmbito de sua atuação.⁹

Nota-se que a Resolução do CNJ não cria lei nova, mas sim uma diretriz técnico-normativa para a **aplicação de princípios constitucionais e tratados internacionais já vigentes**. O Protocolo é um instrumento de aperfeiçoamento da Justiça e a competência para expedir tais atos é inerente ao próprio Conselho, conforme sua atribuição constitucional, como mencionado anteriormente.

Em segundo lugar, o Decreto Legislativo é instrumento adequado para sustar atos do **Poder Executivo** que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, conforme artigo 49, V da CF. No entanto, de acordo com o artigo 92, I-A da Carta Magna, o **Conselho Nacional de Justiça é um órgão do Poder Judiciário**, com competência normativa própria. Desse modo, a tentativa de usar um Decreto Legislativo para anular uma Resolução do CNJ configura indevida interferência do Legislativo na organização do Poder Judiciário, violando o princípio da separação dos Poderes.

Nesse sentido, Adriana Cecilio traz que o STF já se manifestou acerca da competência do Congresso Nacional para sustar atos do Judiciário:

O STF já se debruçou a respeito da competência do Congresso Nacional para sustar atos oriundos do Poder Judiciário no âmbito do julgamento da ADC 33, proposta pela Mesa do Senado Federal. A ação requeria a declaração de constitucionalidade do decreto Legislativo 424/13. A medida havia sustado os efeitos da resolução do TSE que definiu o tamanho das bancadas dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados para as eleições de 2014. O acórdão da Corte foi unânime pela improcedência da ADC, dentre outras motivações, indicando que **inexiste previsão constitucional para edição de decretos legislativos que**

8 Disponível em <https://www.cnj.jus.br/plenario-virtual/?sessao=910> . Acesso em 22.jul.2025.

9 Disponível em: 25.jul2025

Outro ponto a ser observado é que, quando na Justificação do PDL se argumenta trazendo o inciso XI do artigo 49 da CF, a interpretação de que esse dispositivo confere ao Congresso Nacional a competência para debater a questão é incorreta. Não há que se falar em competência legislativa usurpada pelo CNJ, no que se refere a Resolução 492/2023. Há confusões conceituais no PDL em comento. Da mesma forma que ele invoca o zelo por sua “competência legislativa”, em outro momento menciona a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, com base no art. 93, IV e aponta para LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que fora recepcionada pela Constituição de 1988), sobre a competência para tratar de cursos e capacitações aos magistrados. Ora, se a competência para tratar sobre cursos é da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e essa norma só pode ser alterada através de lei complementar proposta pelo Supremo Tribunal Federal, “a competência legislativa, sob o ponto de vista da prerrogativa de iniciativa, é do Poder Judiciário, não do Poder Legislativo” (CECILIO, 2025). Já sob o aspecto de participação no processo legislativo do Congresso Nacional, em Projeto de iniciativa de outro Poder, não se pode falar que o Poder Legislativo foi privado de participação ou teve sua competência usurpada, uma vez que não há nem houve processo legislativo para alteração da LOMAN.

Em quarto lugar, é imperativo frisar, uma vez mais, que a Resolução 492/2023 configura o cumprimento da Sentença da Corte IDH, quando da condenação do Brasil no caso Márcia Barbosa de Souza, cuja decisão determinou ao Estado brasileiro a obrigação de criar e implementar um plano permanente de formação, capacitação e sensibilização destinado às forças policiais responsáveis pela investigação criminal, bem como aos operadores do sistema de justiça. Eis outro trecho da Sentença:

196. Este Tribunal valoriza os esforços levados a cabo pelo Estado no sentido de capacitar o pessoal de administração de justiça em perspectiva de gênero. No entanto, considera pertinente ordenar ao Estado criar e implementar, no prazo de dois anos, um plano de formação e capacitação continuada e sensibilização das forças policiais responsáveis pela investigação e a operadores de justiça do Estado da Paraíba, com perspectiva de gênero e raça, para garantir que contem com os conhecimentos necessários para identificar atos e manifestações de violência contra as mulheres baseadas no gênero, e investigar e processar os perpetradores, incluindo através do oferecimento de ferramentas e capacitação sobre aspectos técnicos e jurídicos deste tipo de delitos.

Resta evidente, portanto, que a Resolução 492/2023 não inova a ordem jurídica, ao contrário, apenas estabelece a operacionalidade de determinações constitucionais, de obrigações assumidas através de tratados internacionais, bem como cumpre a exigência da Sentença condenatória do Estado Brasileiro pela CIDH, no caso Márcia Barbosa de Souza.

O PDL 89/2023, portanto, é um projeto inconstitucional, inconvençãoal e antijurídico,

¹⁰ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/434354/inconstitucionalidade-do-pdl-89-23> . Acesso em 10.jul.2025.

cujo movimento ignora os avanços nos direitos das mulheres, a jurisprudência internacional e a própria Constituição Federal. A proposta, que claramente tem motivação política e faz parte da pauta da extrema-direita, busca deslegitimar uma política pública de igualdade, perpetuando as desigualdades históricas que o Protocolo se propõe a combater. Então, a sua aprovação representaria um grave prejuízo para a sociedade brasileira e para a consolidação de um sistema de justiça mais justo e equitativo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que a exigência do uso das “lentes de gênero” pelo julgador é um avanço na promoção da equidade e na garantia de uma prestação jurisdicional mais adequada e justa em casos que envolvem mulheres e meninas, afinal, tanto na Constituição Federal quanto em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, é possível notar a previsão da igualdade de gênero, como desdobramento do direito fundamental e humano à igualdade.

Então, o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 89/2023, que busca anular a Resolução nº 492/2023 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresenta-se como um grave retrocesso social e jurídico. Essa Resolução sob ataque tornou obrigatória a aplicação, por toda magistratura, do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Logo, a Resolução 492/2023 não é lei nova, mas sim uma diretriz técnico-normativa para a **aplicação de princípios constitucionais e tratados internacionais já vigentes**.

Ficou evidente que PDL 89/2023 se baseia em premissas equivocadas e representa uma interferência indevida do Poder Legislativo no Judiciário, violando o princípio da separação dos Poderes. Ademais, inegável sua inconstitucionalidade, inconveniência e antijuridicidade.

Também restou incontroversa a competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça em relação à Resolução 492/2023. Além disso, o uso de um Decreto Legislativo para sustar um ato do Poder Judiciário, como a resolução do CNJ, não é possível e o Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido, indicando que não há previsão constitucional para a edição.

Por fim, a perspectiva de gênero não é uma agenda ideológica, mas uma exigência que deriva da própria interpretação da Constituição e dos tratados internacionais ratificados pelo país. A Resolução 492/2023 atende, também, à determinação contida na Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado brasileiro no caso Márcia Barbosa de Souza.

Em suma, a aprovação do PDL 89/2023 seria inconstitucional, inconveniente e antijurídica, representando retrocesso em relação aos direitos das mulheres e à realidade social da mulher brasileira. Seria um desrespeito à Constituição Federal aos Tratados Internacionais incorporados pelo Brasil, sendo responsável por perpetuar desigualdades e vulnerabilidades

históricas. Portanto, defesa da Resolução 492/2023 (e do Protocolo) e a oposição ao PDL 89/2023 são essenciais para a consolidação de um sistema de justiça mais justo e equitativo, além de exigência do nosso Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gabriela Jacinto; ELEUTÉRIO, Júlia Melim Borges; CASCAES, Luciana da Veiga. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero: reflexões, implementações e desafios**. Florianópolis: Habitus, 2025.

BARBOSA, Gabriela Jacinto; ELEUTÉRIO, Júlia Melim Borges; CASCAES, Luciana da Veiga. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero: aplicações, conceitos e práticas**. Florianópolis: Habitus, 2024.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAMBI, Eduardo; NOSAKI, Porto Andrade Letícia de; FACHIN, Girardi Melina. Tutela judicial das vulnerabilidades femininas: o papel do poder judiciário brasileiro na efetivação do constitucionalismo feminista. **Revista CNJ**, v . 7, n . 1, p. 1-71, jan./jun. 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/ojs/revistacnj/article/view/453>>. Acesso em 05 jun. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. Brasília: **Conselho Nacional de Justiça** - CNJ. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2021.

Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. **Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN nº 02, de 22 de março de 2023**. Recomenda adoção de medidas destinadas a assegurar a atuação da Instituição ministerial com perspectiva de gênero voltada a modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher, bem como assegurar materialmente na atuação do MP o tratamento igualitário na temática de gênero. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Corregedoria/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_CN_02-2023_-_perspectiva_de_g%C3%AAnero.pdf. Acesso em 05 jun 2025.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2016.

OAB. Código de ética e disciplina da OAB. **Resolução n. 02/2015**. Brasília, 2015. (DOU, 04.11.2015, S. 1, p. 77).

OAB/RJ. **O Gênero como categoria jurídica**: Cartilha para a atuação da advocacia, Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: https://www.oabRJ.org.br/sites/default/files/oabRJ_cartilhaogenero_ebook_v2_web_0.pdf. Acesso em: 09 jun 2025.

PEREIRA, Janayna Nunes. **Decisão judicial na perspectiva de gênero**. João Pessoa: Editora Porta, 2024.

SALES, Ester Silva; DAMASCENO, Tamise Pessoa; REYMÃO, Ana Elizabeth Neirao. Alcançando uma justiça feminista: análise da perspectiva de gênero no judiciário à luz da ODS 5. **Revista Jurídica do Cesupa**, p. 73-106, 1 set. 2023. Disponível em: <https://periodicos.cesupa.br/index.php/RJCESUPA/article/view/139>. Acesso em: 07 jun 2025.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA A LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA DEVIDA RESPONSABILIDADE NO ÂMBITO PENAL

Fernanda de Matos Lima MADRID¹
Maria Leticia Pegoraro de Oliveira Lima FERREIRA

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo explorar a temática da violência obstétrica sob uma abordagem. Este trabalho analisa a violência obstétrica sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e sua consequente responsabilização penal no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa aborda as raízes históricas, sociais e culturais que contribuíram para a naturalização de práticas abusivas no contexto do pré-parto, parto e puerpério, destacando como o machismo estrutural e a hierarquia no sistema de saúde colaboram para a perpetuação dessas violências. Além disso, examina-se a legislação vigente, os tipos penais aplicáveis e as lacunas jurídicas que dificultam a responsabilização efetiva dos profissionais de saúde envolvidos. A análise estende-se à jurisprudência nacional, às consequências físicas e emocionais para as parturientes e aos desafios enfrentados pelas mulheres na denúncia e na busca por justiça. Por fim, propõem-se medidas legislativas e institucionais que possam garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais das mulheres em situação de parto. O estudo foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com base em obras doutrinárias, artigos científicos, legislações e decisões judiciais. A violência obstétrica, nesse contexto, é compreendida como violação direta à dignidade da pessoa humana, exigindo respostas jurídicas proporcionais e eficazes.

PALAVRAS-CHAVE: Violência obstétrica. Dignidade da pessoa humana. Responsabilização penal. Práticas abusivas. Machismo estrutural.

ABSTRACT

This paper analyzes obstetric violence from the perspective of the principle of human dignity and its consequent criminal liability within the Brazilian legal framework. The research addresses the historical, social, and cultural roots that have contributed to the normalization of abusive practices in the context of prenatal care, childbirth, and the postpartum period, highlighting how structural sexism and hierarchy within the healthcare system contribute to the perpetuation of such violence. Furthermore, the study examines the current legislation, applicable criminal offenses, and legal gaps that hinder the effective accountability of the health professionals involved. The analysis extends to national jurisprudence, the physical and emotional consequences for birthing women, and the challenges women face in reporting and seeking justice. Finally, legislative and institutional measures are proposed to ensure the effective protection of the fundamental rights of women during childbirth. The study was conducted through bibliographic and documental research, based on doctrinal works, scientific articles, legislation, and judicial decisions. In this context, obstetric violence is understood as a direct violation of human dignity, demanding proportional and effective legal responses.

KEYWORDS: Obstetric violence. Human dignity. Criminal liability. Abusive practices. Structural sexism.

1 Doutora pela Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina e Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. É docente no curso de Direito do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente, no curso de direito da FAI Adamantina e advogada criminalista. E-mail: fernadamlmadrid@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como tema a análise da violência obstétrica à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, com ênfase na responsabilização penal dos profissionais que praticam condutas abusivas durante o pré-parto, parto e puerpério. A pesquisa abordou a naturalização de práticas abusivas no contexto obstétrico, destacando como a lógica patriarcal, a hierarquia e o machismo estrutural presentes no sistema de saúde colaboraram para a perpetuação dessas violências.

Buscou-se compreender como o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no âmbito penal, pode e deve reagir diante de violações cometidas em contextos de extrema vulnerabilidade da mulher, em um momento que exige não apenas atenção médica, mas respeito integral à sua integridade física, psíquica e moral.

A delimitação do estudo concentrou-se na investigação da ausência de tipificação penal específica da violência obstétrica no Brasil e suas consequências práticas, analisando também os dispositivos constitucionais, penais e infraconstitucionais eventualmente aplicáveis. Partiu-se da compreensão de que essa forma de violência representa uma afronta direta aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988, especialmente ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à saúde, à integridade física e ao tratamento digno.

Neste contexto, o objetivo geral do trabalho consistiu em analisar juridicamente a violência obstétrica como violação à dignidade da pessoa humana e discutir os caminhos para a responsabilização penal de seus autores. Para tanto, foram estudados os fundamentos constitucionais, os tipos penais genéricos atualmente utilizados nesses casos, bem como os projetos de lei em tramitação que buscam preencher essa lacuna legislativa. Foram também examinadas decisões judiciais e diretrizes internacionais que reconhecem a violência obstétrica como uma forma de violência institucional e de gênero.

Também se analisou a violência institucional promovida pela inércia do Estado, que, ao deixar de adotar medidas concretas de prevenção e punição, contribuiu para a perpetuação dessas práticas abusivas. Essa omissão estatal foi compreendida como uma forma de violência indireta, que agravou ainda mais a vulnerabilidade das mulheres e enfraqueceu a efetividade dos direitos fundamentais por elas assegurados.

A relevância da presente pesquisa jurídica derivou da urgência em consolidar garantias legais que efetivassem os direitos das mulheres durante o ciclo gravídico-puerperal, promovendo a responsabilização dos agentes públicos e privados que infringiram tais direitos. Além disso,

pretendeu-se fomentar a necessidade da criação de um tipo penal específico e autônomo para a violência obstétrica, com base em alguns Projetos de Lei já discutidos em sessões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, permitindo, assim, uma resposta jurídica mais precisa, proporcional e eficaz às práticas configuradoras da violência obstétrica.

Ao final, pretendeu-se contribuir com o desenvolvimento de propostas jurídicas e institucionais que assegurassem o respeito aos direitos das mulheres, bem como com a efetivação concreta das políticas públicas voltadas à humanização do parto e ao enfrentamento dessa grave violação de direitos humanos.

A metodologia utilizada foi de natureza qualitativa, com base em revisão bibliográfica e documental. Foram analisadas legislações, doutrinas, artigos científicos nacionais e internacionais, tratados de direitos humanos e dados fornecidos por órgãos públicos. Adotou-se o método dedutivo, partindo-se de normas e princípios jurídicos para compreender a violência obstétrica como violação de direitos fundamentais.

2 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A violência contra a mulher manifesta-se de diversas formas na sociedade e tem ganhado crescente visibilidade nos últimos anos. Dentre essas violências de gênero, destaca-se a violência obstétrica, que ocorre justamente em espaços onde as mulheres deveriam ser cuidadas, como hospitais e centros de saúde. Trata-se de uma prática lamentável e recorrente que afronta o princípio da dignidade humana, ao expor as mulheres a situações desfavoráveis e desrespeitar seus direitos inalienáveis em um dos momentos mais vulneráveis de suas vidas. Buscando atendimento nas áreas de saúde, assistência social ou segurança pública, essas mulheres frequentemente são silenciadas, têm suas vontades desconsideradas e acabam revitimizadas por esse contexto de violência. A violência obstétrica não se limita a agressões físicas ou verbais, mas também se manifesta no tratamento desumanizado, que reduz a mulher a mero objeto de intervenção médica, sem consideração por suas necessidades e desejos. Ademais, a existência de lacunas nas legislações e políticas públicas dificulta a proteção efetiva contra essas práticas abusivas e limita o acesso à justiça para as vítimas. Tal violência não apenas fere a dignidade feminina, mas deixa marcas profundas, tanto físicas quanto emocionais, comprometendo a experiência da maternidade e o vínculo entre mãe e bebê.

2.1 Definição e Conceito de Violência Obstétrica e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

No Brasil, o panorama da violência obstétrica tem se tornado uma situação cada vez mais alarmante. Os relatos estão presentes não só durante o processo do parto, mas também durante toda a gestação, envolvendo do período perinatal ao período neonatal.

Antes de definir um conceito concreto de violência obstétrica, é válido ressaltar que, segundo dados fornecidos na *Cartilha de Violência Obstétrica*, publicada pelo Ministério Público do Estado do Pará, o Brasil é um dos países com as maiores taxas de cesarianas no mundo. Nos estabelecimentos da rede hospitalar privada, os partos cesarianos ultrapassam o índice de 55%, percentual significativamente superior ao recomendado pela Organização Mundial da Saúde, que aponta um índice ideal de até 15%².



Gráfico 1: Taxa de cesarianas no Brasil. Fonte: Pará (2019).

A OMS destaca que mulheres em situação de vulnerabilidade, como adolescentes, mães solteiras, imigrantes, de baixa renda ou pertencentes a minorias étnicas, estão mais suscetíveis a sofrer maus-tratos, abusos e desrespeito, devido ao seu acesso à informação ser limitado. A entidade também classifica a violência obstétrica como uma “violação dos direitos humanos fundamentais”³.

Em trechos extraídos acerca do Seminário Faces da Violência Contra a Mulher, promovido pela Comissão da Câmara dos Deputados no ano de 2014, divulgados pelo Departamento de Taquigrafia, Revisão e publicados pela Câmara dos Deputados, resta claro que a não observância da vontade objetiva e subjetiva da parturiente é, sim, caracterizada como violência e desrespeito ao seu direito potestativo⁴.

Após análise da Fundação Perseu Abramo, constatou-se que 25% das mulheres no Brasil já sofreram violência obstétrica, o que equivale a uma em cada quatro mulheres. Essa violência inclui

2 PARÁ. Ministério Público do Estado do Pará. *Cartilha de violência obstétrica: orientação para mulheres e profissionais de saúde*. Belém: MPPA, 2019. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/data> Acesso em: 25 nov. 2024.

3 BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial. *Violência obstétrica é violação dos direitos humanos, diz OMS*. Brasília, 2014. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/violencia-obstetrica-e-violacao-dos-direitos-humanos-diz-oms>. Acesso em: 04 nov. 2024. 2020.

4 BRASIL. Câmara dos Deputados. Ordem do Dia. Reunião n. 35881. Congresso Nacional, Brasília, 2024.

abusos físicos, verbais, negligência e discriminação, ocorrendo tanto em hospitais quanto em centros de saúde. A OMS alerta que mulheres de grupos vulneráveis — como baixa renda, negras, indígenas e migrantes — são as mais afetadas, sofrendo barreiras ao acesso igualitário e digno à saúde, o que perpetua desigualdades sociais e de saúde⁵.

A partir desses dados, a Fiocruz deu início à nova edição da pesquisa *Nascer no Brasil*, em 2020, sendo intitulada como “*Nascer no Brasil II: um inquérito sobre perda fetal, parto e nascimento*”⁶, para investigar maus-tratos na gestação, parto e aborto, além dos impactos da COVID-19 na saúde materna e neonatal. O estudo destaca que a violência obstétrica afeta principalmente mulheres negras e de baixa escolaridade, que têm menos acesso à informação⁷.

O estudo, realizado de forma multidisciplinar com cerca de 25 mil puerperas em 465 maternidades brasileiras, utilizou entrevistas telefônicas para medir a extensão da violência obstétrica. Os resultados mostraram que 45% dessas mulheres sofreram algum tipo de violência durante o parto⁸.

Se caracterizam como espécies de violência obstétrica práticas que vão desde a violência emocional até condutas físicas e institucionais que violam a dignidade da mulher durante o pré-natal, parto e pós-parto. A violência emocional ocorre, por exemplo, quando a gestante é submetida a xingamentos, humilhações ou comentários constrangedores relacionados à sua cor, etnia, religião, orientação sexual, idade, condição socioeconômica ou número de filhos, desumanizando o atendimento e comprometendo o bem-estar psicológico da paciente⁹.

Também são formas recorrentes de violência a proibição do direito de acompanhante — garantido pela Lei nº 11.108/2005¹⁰ —, os toques vaginais excessivos ou realizados sem consentimento, e o uso indiscriminado de ocitocina para acelerar o trabalho de parto, que pode gerar sofrimento fetal e cesarianas desnecessárias¹¹. Procedimentos como a amniotomia e a manobra de Kristeller, proibida pela OMS, aumentam o risco de complicações materno-fetais e configuram violações graves¹².

5 ALVARENGA, Sarah Pereira; KALIL, José Helvécio. Violência obstétrica: como o mito "parirás com dor" afeta a mulher brasileira. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde, Três Corações*, v. 14, n. 2, p. 641-649, ago./dez. 2016. Disponível em: <http://periodicos.unincor.br>. Acesso em: 05 nov. 2024.

6 FIOTEC - Fundação Instituto Oswaldo Cruz. Estudo sobre violência obstétrica iniciado pela Fiocruz. Fiotec Fiocruz, 2024. Disponível em: <https://www.fiotec.fiocruz.br>. Acesso em: 05 nov. 2024.

7 PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. Violência obstétrica e a violação dos direitos da mulher. MPPR, 2024. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/escolasuperior/Noticia/Violencia-obstetrica-e-violacao-dos-direitos-da-mulher>. Acesso em: 06 mai. 2025.

8 FIOCRUZ. Escola Nacional de Saúde Pública. (ENSP/Fiocruz). *Nascer no Brasil*. Fiocruz, 2019. Disponível em: <https://nascernobrasil.ensp.fiocruz.br>. Acesso em: 05 nov. 2024.

9 MORAES, Carlos. 13 situações que configuram violência obstétrica. Portal Hospitais Brasil, 10 ago. 2021. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/13-situacoes-que-configuram-violencia-obstetrica/>. Acesso em: 6 mai. 2025

10 *Ibidem*.

11 MORAES, Carlos, loc. cit.

12 NASCIMENTO, K. I. M.; LIMA, V. de S.; NOVAES, C. D. P.; PONTE, A. R.; E CARDOSO, L. R. C.; DE

Outras práticas incluem a realização da episiotomia sem indicação clínica ou consentimento, tricotomia e enema, que reforçam a perda de autonomia da mulher. No Brasil, a taxa de realização desse procedimento atinge 53,5%, enquanto a Organização Mundial da Saúde recomenda que esse índice não ultrapasse 10%¹³. A imposição da posição de litotomia, a restrição alimentar e a recusa injustificada de anestesia também afrontam os direitos da parturiente. Além disso, impedir o contato imediato pele a pele com o recém-nascido e a amamentação precoce compromete o vínculo afetivo e o início saudável da lactação.¹⁴

A partir da análise do projeto desenvolvido por Michele Ávila Branco, Rodrigo Dalke Meucci e Simone dos Santos Paludo, sobre a experiência de parturientes submetidas ao parto vaginal hospitalar durante o ano de 2016, observa-se uma relevante contribuição para a compreensão das práticas obstétricas no Brasil¹⁵.

A coleta de dados foi realizada por meio da aplicação de questionários a 1.226 mulheres, sendo as análises estatísticas conduzidas com base na comparação entre proporções. Tal metodologia permitiu a identificação de dados numéricos relacionados a diferentes formas de violência obstétrica, conforme demonstrado no gráfico a seguir:

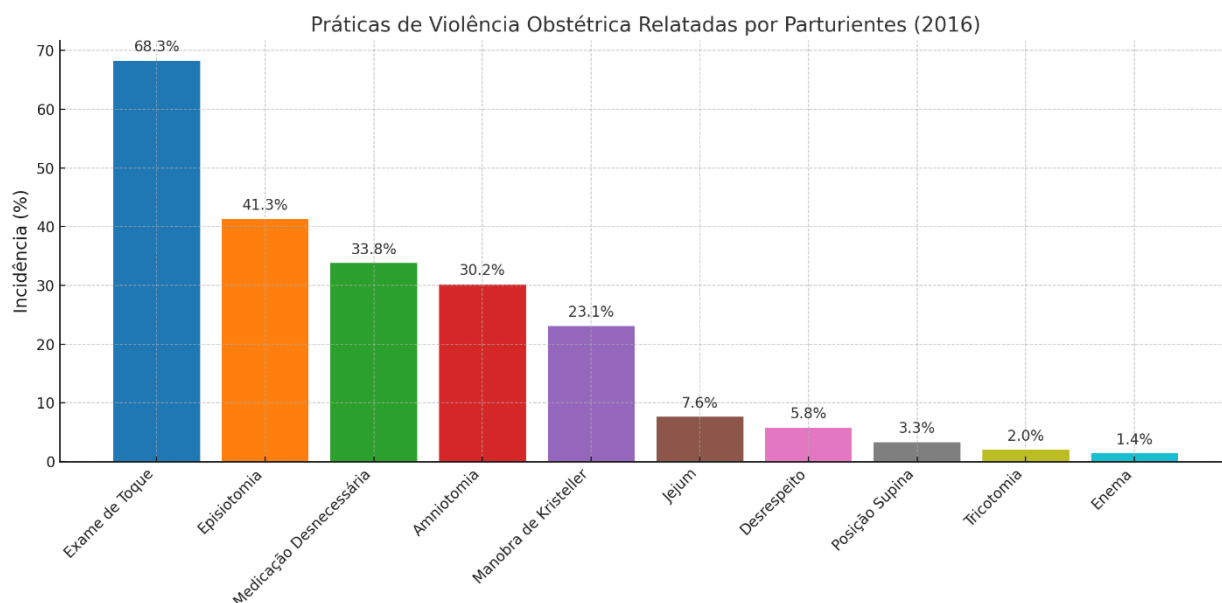


Gráfico 02: Práticas de violência obstétrica por parturientes. Fonte: Leite *et. al* (2024).

ARAGÃO, C. R. B.; ALCÂNTARA, L. da M.; PINHEIRO, R. M. A.; TRINDADE, G. B. de M.; BRITO, D. M. da S. Manobra de Kristeller: uma violência obstétrica / Kristeller's maneuver: obstetric violence. *Brazilian Journal of Health Review*, 2021, v. 4, n. 2, p. 7362–7380, 2021.

13 SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Violência obstétrica: um olhar jurídico sobre os direitos da mulher na gestação, parto e puerpério. São Paulo: DPE-SP, 2016. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/f60e278a-4bd2-0094-2917-e9fc0c74d310>. Acesso em: 26 out. 2024.

14 LEITE, T. H. et al. Epidemiologia da violência obstétrica: uma revisão narrativa do contexto brasileiro. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 29, n. 9, 2024.

15 BRANCO, M. A.; MEUCCI, R. D.; PALUDO, S. DOS S.. Práticas associadas à violência obstétrica no parto vaginal: estudo de base populacional em município do Sul do Brasil. *Cadernos Saúde Coletiva*, v. 32, n. 2, 2024.

Relatórios como os do NUPEGRE e pesquisas de Leite et al. (2024) demonstram que essas práticas, muitas vezes naturalizadas no contexto hospitalar, revelam lacunas entre o ordenamento jurídico e a realidade obstétrica brasileira. Enfrentá-las requer ações educativas, fiscalização efetiva e formação de profissionais com enfoque humanizado, garantindo o respeito à dignidade e aos direitos fundamentais das gestantes.¹⁶

Em suma, a violência obstétrica é um fenômeno complexo que abrange abusos físicos, psicológicos e a imposição de práticas médicas que violam a autonomia da mulher. Combatê-la requer ações multidisciplinares, como a reformulação das práticas hospitalares, a capacitação dos profissionais, a criação de marcos legais específicos e a conscientização social sobre os direitos das mulheres no parto.

Se tratando da definição e do conceito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, trata-se de um assunto um pouco mais complexo.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é compreendida como um atributo essencial e intrínseco a todos os seres humanos, o que confere a cada indivíduo uma condição única e inalienável, independente de suas características pessoais. Este conceito é considerado um dos pilares do direito constitucional contemporâneo e foi consagrado como um dos fundamentos do Estado brasileiro, estando previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, dentro do título referente aos princípios fundamentais¹⁷.

Embora a dignidade da pessoa humana seja um valor essencial, seu conceito ainda gera debates. Segundo Sarlet, trata-se de uma qualidade inerente a todos os seres humanos, que os torna igualmente merecedores de respeito, independentemente de sua capacidade de comunicação, autoconsciência ou comportamento moral. A dignidade não se perde, pois decorre da condição humana, não de características externas ou sociais¹⁸.

Por fim, a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como um conceito em constante transformação, que se molda às realidades sociais e históricas vividas pelas pessoas. Longe de ser estática, ela possui um forte potencial reivindicatório, atuando como resposta às injustiças, exclusões e violações de direitos nas sociedades contemporâneas. Conforme Sarlet, trata-

16 EMERJ. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. “Se ficar gritando, vai ter o filho sozinha”. A Violência Obstétrica à Luz do Direito Brasileiro e do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. NUPEGRE. Núcleo de Pesquisa em Gênero, Raça e Etnia. Relat. Pesq. NUPEGRE, Rio de Janeiro, n. 7, p. 1-214, 2024. Disponível em: <https://mpmulheres.com.br/wp-content/uploads/2024/05/A-violencia-obstetrica-a-luz-do-direito-brasileiro-e-do-sistema-interamericano-de-protecao-de-Direitos-Humanos-NUPEGRE.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2025.

17 SILVA, Fernanda de Oliveira. A dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. 2010. 102 f. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br>. Acesso em: 24 abr. 2025.

18 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/c>. Acesso em: 24 abr. 2025.

se de uma noção que vai além dos limites formais, conectando-se à experiência cotidiana e convocando à construção de um mundo mais justo, baseado na participação, no respeito mútuo e na responsabilidade coletiva¹⁹.

Relacionando a violência obstétrica no âmbito dos direitos humanos, embora ela não possua uma definição expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, transgredir diversos de seus pilares. Ela confronta o direito à vida e à segurança pessoal (art. 3º), a proteção contra tratamento desumano ou degradante (art. 5º), a igualdade legal (art. 7º), o respeito à privacidade (art. 12º) e o direito à assistência durante a maternidade (art. 25º, §2º)²⁰.

2.2 Machismo Estrutural e Seus Efeitos na Obstetrícia

O machismo estrutural é um fenômeno enraizado nas sociedades patriarcais, onde normas culturais e sociais estabelecem uma hierarquia de poder que privilegia os homens em detrimento das mulheres. Na obstetrícia, essa estrutura machista reflete-se em práticas que desconsideram muitas vezes a autonomia, a dignidade e os direitos das mulheres, criando um ambiente propício para a perpetuação de abusos, violência e negligência. Para compreender os efeitos do machismo na assistência obstétrica, é essencial analisar como as mulheres são posicionadas na hierarquia médica e social, bem como os impactos diretos e indiretos desse contexto na sua saúde física e emocional.

As práticas obstétricas ao longo da história foram amplamente moldadas por uma visão patriarcal que relegava às mulheres um papel passivo no processo de parto. Até o século XIX, o parto era predominantemente assistido por parteiras, mas a partir da medicalização do processo, o controle passou para as mãos de médicos, majoritariamente homens. Esse deslocamento de poder alterou a dinâmica do atendimento ao parto, contribuindo para o silenciamento das mulheres e a imposição de práticas invasivas e desumanizadoras, que ignoram os desejos e necessidades das gestantes. A ideia de que os profissionais de saúde são os detentores exclusivos do saber obstétrico reflete uma visão machista que perpetua a subordinação das mulheres no processo²¹.

Além disso, esse estigma na obstetrícia pode ser observado na naturalização de procedimentos desnecessários e abusivos, como a episiotomia de rotina, o uso excessivo de cesarianas e o parto instrumental sem consentimento. Esses procedimentos, realizados sem a necessidade clínica ou autorização da paciente, violam o princípio da dignidade da pessoa humana e

19 STEVES, Alan da Silva; MOLINARO, Carlos Alberto. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA VISÃO DE INGO W. SARLET: DESDE A PROBLEMATIZAÇÃO DO CONCEITO ATÉ O PENSAR FORA DO MARCO JURÍDICO ESTABELECIDO. *Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica*, Florianópolis, Brasil, 2018, v. 4, n. 1, p. 94–118. Disponível em: <https://www.indexlaw.org>. Acesso em: 24 abr. 2025.

20 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 6 mai. 2025.

21 DINIZ, C. S. G., loc. cit.

configuram uma forma de violência obstétrica, caracterizada pela desconsideração da mulher como sujeito ativo em seu próprio processo de parto. Entretanto, as intervenções obstétricas, quando realizadas coercitivamente, refletem um padrão de dominação masculina sobre os corpos femininos²².

Outro aspecto relevante é a falta de humanização no tratamento oferecido às gestantes, sistematicamente caracterizado por atitudes paternalistas e desrespeitosas por parte dos profissionais de saúde. Essa postura deriva de uma concepção machista que desvaloriza a capacidade de a mulher tomar decisões informadas sobre o seu próprio corpo e o processo de parto, resultando em uma assistência que prioriza a conveniência do profissional em detrimento do bem-estar da mulher. O machismo estrutural, contudo, opera silenciosamente, mas de forma potente, perpetuando práticas que comprometem não apenas a saúde física das gestantes, mas também sua saúde mental e emocional²³.

No entanto, a implementação dessas políticas esbarra em barreiras culturais profundamente enraizadas no machismo estrutural, que dificultam a mudança de paradigmas na assistência ao parto. A responsabilização dos profissionais que perpetuam essas práticas é um passo fundamental para enfrentar o machismo estrutural na obstetrícia, mas exige uma mudança cultural ampla e contínua²⁴.

2.3 Impactos da Violência Obstétrica Sobre as Mulheres

Os impactos da violência obstétrica nas mulheres são profundos e abrangentes, afetando não apenas sua saúde física, mas também sua saúde mental e emocional, causando impactos duradouros na vida das pacientes. De acordo com dados da pesquisa “Nascer no Brasil”, realizada pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) em 2012, a violência obstétrica atinge 30% das mulheres que dão à luz em hospitais privados e 45% das pacientes atendidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Em casos graves, essas práticas abusivas podem levar até mesmo à morte da mãe ou do bebê.²⁵

22 LOBO, Lígia Correia et al. Aspectos históricos da violência obstétrica e as influências da humanização do parto: uma revisão integrativa. *Saúde e Pesquisa*, v. 13, n. 1, p. 91-98, 2020. Disponível em: <https://www.saudeepesquisa.ufscar.br/index.php/saudeepesquisa/article/view/2905>. Acesso em: 10 out. 2024.

23 BOARETTO, Juliana Ferreira et al. Violência obstétrica: uma revisão integrativa. *Revista de Enfermagem UFPE*, v. 13, n. 3, p. 743-751, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaenfermagem>. Acesso em: 10 out. 2024.

24 CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. Violência obstétrica: violação dos direitos humanos das mulheres e atuação do profissional de enfermagem. Brasília, 2021. Disponível em: <http://biblioteca.cofen.gov.br/violencia-obstetrica-violacao-dos>. Acesso em: 10 out. 2024.

25 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Vítimas de violência obstétrica denunciam. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias>. Acesso em: 12 nov. 2024.

Dentre os efeitos psicológicos mais graves, destacam-se os distúrbios psiquiátricos, como depressão e ansiedade. Conforme a análise feita por Sabrina Lobato e Adriana Oliveira, mulheres que enfrentaram maus-tratos durante o parto apresentam uma frequência mais elevada de sintomas associados à depressão pós-parto (DPP), ansiedade generalizada (TAG) e estresse pós-traumático (TEPT), sendo identificado sintomas depressivos em 60% das mulheres que vivenciaram partos traumáticos.²⁶

O tratamento desrespeitoso inflige não apenas dor física, mas também um trauma emocional que pode ser duradouro. Muitas mulheres sentem que perderam o controle sobre suas experiências de parto, o que pode gerar diversos sentimentos, como os de impotência e desesperança, prejudicando sua recuperação, tanto física quanto emocional.²⁷

Todavia, é fundamental que as instituições de saúde invistam em programas de apoio psicológico voltados para aquelas que vivenciaram este tipo de violação. A assistência emocional pode ser crucial para auxiliar as mulheres a lidarem com os traumas decorrentes dessas experiências. A formação contínua de profissionais de saúde, enfatizando a importância da empatia, do consentimento informado e da humanização do atendimento, pode resultar em melhorias significativas na qualidade do cuidado prestado. As mulheres merecem um atendimento que respeite sua dignidade e promova sua saúde integral, garantindo que suas experiências de parto sejam marcadas pelo respeito e pela humanização, em vez de violência e sofrimento.

2.4 Desigualdades de Gênero e Hierarquia no Sistema de Saúde

A desigualdade de gênero pode ser definida como a diferença no acesso a direitos, oportunidades e tratamento entre homens e mulheres, baseada em construções históricas e culturais que reforçam a subordinação feminina. No contexto da saúde, essa desigualdade manifesta-se na relação entre profissionais e pacientes, influenciando o acesso a atendimentos adequados e respeitosos, além de impactar a autonomia das mulheres sobre seus corpos²⁸.

A hierarquia no sistema de saúde também contribui para a perpetuação das desigualdades de gênero. Ela refere-se a uma estrutura organizacional que estabelece uma cadeia de comando entre os profissionais, na qual médicos, especialmente do sexo masculino, costumam ocupar posições de maior autoridade, enquanto enfermeiras, parteiras e outras profissionais da saúde,

26 DIAS, Sabrina Lobato; PACHECO, Adriana Oliveira. Marcas do parto: As consequências psicológicas da violência obstétrica. *Revista Arquivos Científicos (IMMES)*, Macapá, AP, v. 3, n. 1, p. 04-13, 2020. ISSN 2595-4407. Disponível em: <https://arqcientificosimmes.com.br>. Acesso em: 24 nov. 2024..

27 LOPES, Eduarda; OLIVEIRA, Rilker. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: A PROBLEMÁTICA DE UM ABUSO SILENCIOSO CONTRA AS MULHERES NO MOMENTO GESTACIONAL. In: DIREITOS E SUAS APLICABILIDADES SISTÊMICAS: NOVOS PARADIGMAS-VOLUME 2. Editora Científica Digital, 2023. p. 323-341. Disponível em: <https://downloads.artigo>. Acesso em: 12 nov. 2024.

28 BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2008.

frequentemente mulheres, são subordinadas. Esse modelo hierárquico contribui para práticas obstétricas autoritárias, dificultando a adoção de abordagens mais humanizadas no parto e perpetuando a violência obstétrica²⁹.

Ao longo da história, a desigualdade de gênero manifestou-se de diversas formas, influenciando o papel das mulheres na sociedade e, conseqüentemente, no sistema de saúde³⁰. Mesmo com os avanços conquistados por meio das lutas feministas, ainda existem estatísticas alarmantes que evidenciam sua persistência, inclusive no contexto obstétrico³¹. Mulheres que passam pelo sistema de saúde frequentemente enfrentam obstáculos para serem ouvidas e respeitadas em suas decisões sobre o próprio corpo, especialmente durante o parto.

A violência obstétrica constitui um exemplo claro de como as desigualdades de gênero e a hierarquia no sistema de saúde podem impactar negativamente as mulheres. Esse tipo de violência inclui tanto atos físicos quanto psicológicos, como a realização de procedimentos sem o consentimento da paciente ou o tratamento humilhante e desrespeitoso. A violência obstétrica é reconhecida como uma forma de discriminação de gênero e uma violação dos direitos humanos das mulheres³².

Portanto, é essencial que políticas públicas sejam implementadas para garantir a igualdade de acesso e de tratamento no sistema de saúde. A universalidade e a integralidade preconizadas no Sistema Único de Saúde (SUS) são fundamentais para a garantia de direitos e a equalização de oportunidades. Essas políticas devem focar na formação e sensibilização dos profissionais de saúde, para que possam oferecer um atendimento respeitoso e humanizado, especialmente em contextos obstétricos³³.

Além disso, é importante considerar a interseccionalidade das desigualdades de gênero com outras formas de discriminação, como as raciais e socioeconômicas. Mulheres de cor ou de baixa renda enfrentam barreiras adicionais no acesso a cuidados de saúde de qualidade. Essas barreiras incluem desde a falta de recursos financeiros até a discriminação direta por parte dos profissionais de saúde³⁴.

A formação dos profissionais de saúde deve incluir uma abordagem crítica sobre as questões de gênero e raça, promovendo uma prática mais inclusiva e equitativa. Isso pode ser alcançado por meio de treinamentos contínuos e da inclusão dessas temáticas nos currículos dos

29 FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Petrópolis, Vozes, 1987.

30 ACKER, Joan. "Class, Gender, and the Relations of Distribution." *Signs*, vol. 13, no. 3, 1988, p. 473–97.

31 RATTNER, Raquel. Violência Obstétrica no Brasil: desafios para a humanização do parto, 2017.

32 COBO, Barbara; CRUZ, Claudia; DICK, Paulo C. Desigualdades de gênero e raciais no acesso e uso dos serviços de atenção primária à saúde no Brasil. *Ciênc. saúde coletiva*, v. 26, n. 09, set. 2021.

33 FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. Universalidade. Fiocruz, 2025. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br>. Acesso em: 28 mar. 2025.

34 COBO, Bárbara; CRUZ, Cláudia; DICK, Paulo C, loc. cit.

curso de saúde. A sensibilização dos profissionais é crucial para a mudança de atitudes e práticas que perpetuam as desigualdades³⁵.

A implementação de políticas públicas que promovam a equidade de gênero no sistema de saúde também deve incluir mecanismos de monitoramento e avaliação. Esses mecanismos são essenciais para garantir que as políticas sejam efetivas e que as desigualdades sejam progressivamente reduzidas. A participação ativa das mulheres na formulação e implementação dessas políticas é fundamental para assegurar que suas necessidades e perspectivas sejam consideradas³⁶.

3. PANORAMA LEGAL E ANÁLISE DE CASO CONCRETO

Apesar das garantias legais para um parto seguro e respeitoso, sua aplicação ainda é falha devido à falta de fiscalização, à baixa responsabilização dos agressores e à ausência de políticas públicas eficazes. A formação dos profissionais de saúde deve incluir o respeito à autonomia da gestante e uma abordagem de gênero. É essencial fortalecer a atuação conjunta com movimentos sociais e criar legislação penal específica para proteger as mulheres, seguindo exemplos de países como Argentina e México. A omissão do Estado diante dessas violações atenta contra a dignidade da pessoa humana.

A análise de relatos de vítimas é essencial para revelar um sistema de saúde que frequentemente desrespeita a autonomia feminina, impõe sofrimento e desumaniza por meio de intervenções não consentidas e falas agressivas. Esses relatos expõem falhas institucionais e a naturalização da dor da mulher. Para mudar essa realidade, é fundamental valorizar a voz e o corpo das mulheres, reformar a formação dos profissionais e implementar políticas públicas que assegurem uma maternidade digna e humanizada.

3.1 Legislação, Lacunas do SUS e Responsabilidade Penal dos Profissionais

A violência obstétrica é um tema ao mesmo tempo atual e tratado de forma tardia pelo ordenamento jurídico brasileiro. Atualmente, os casos são enquadrados em normas genéricas da Constituição, do Código Civil e do Código Penal, como lesão corporal, omissão de socorro e violência contra a mulher. A ausência de uma legislação específica dificulta a responsabilização dos profissionais e a proteção efetiva das vítimas, perpetuando essas práticas. Apesar da existência de projetos de lei em tramitação, ainda falta uma resposta legislativa mais rápida e eficaz.³⁷

35 BARATA, Rita Barradas. Relações de gênero e saúde: desigualdade ou discriminação? In: BARATA, Rita Barradas. Como e por que as desigualdades sociais fazem mal à saúde. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2009. p. 73-94. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/48z26/pdf/barata-9788575413913-06.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2025.

36 COBO, Bárbara; CRUZ, Cláudia; DICK, Paulo C, loc. cit.

37 MENEZES, Gabriele Barreto de; SANTOS NETO, Onetício Batista dos. Violência obstétrica e sua invisibilidade

Nesse aspecto, pode-se notar que existem várias formas de se caracterizar a violência obstétrica, porém não existe uma tipificação própria, mesmo que sendo uma conduta ilícita, situação está que só é possível versar sobre a matéria, por ser uma violência contra a mulher e que assim está assegurada em alguns dispositivos, como na Constituição Federal, no Código Civil, no Código Penal Código de Defesa do consumidor, nos Projetos de Leis, bem como em leis diversas, como a Lei nº 11.108/2005, citada anteriormente que trata da Lei do Acompanhante e/ou em instituições que são contra, como por exemplo, a OMS. Em nosso país, não existe nenhuma Lei Federal que tipifique a violência obstétrica em geral e muitos menos as suas formas em específico³⁸.

Para Luiza Metzker Viana, a ausência de uma tipificação penal específica no Brasil dificulta a responsabilização dos profissionais de saúde e a reparação dos danos às vítimas. Embora existam normas como a Lei Maria da Penha e códigos éticos aplicáveis, é necessário reconhecer a violência obstétrica como uma violação autônoma. Para isso, é fundamental a criação de uma legislação própria que estabeleça sua tipificação penal, facilitando a responsabilização criminal e atuando como medida preventiva contra abusos³⁹.

No contexto normativo interno, a promulgação da Constituição Federal de 1988 configura um marco jurídico de elevada relevância, trazendo consigo a consagração dos direitos fundamentais à saúde (art. 6º e art. 196), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e à igualdade de gênero (art. 5º, I), os quais embasam o dever estatal de garantir atendimento respeitoso e humanizado à mulher durante o ciclo gravídico-puerperal⁴⁰.

Diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional propõem enfrentar a violência obstétrica por distintos caminhos legislativos. Dentre eles, destacam-se iniciativas que visam modificar leis já existentes, como a Lei do SUS (Lei nº 8.080/1990), incluindo a obrigatoriedade de práticas humanizadas e a proibição de procedimentos não consentidos; a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher; a Lei do Acompanhante (Lei nº 11.108/2005); a Lei dos Planos de Saúde; e propostas de alteração no Estatuto da Criança e do Adolescente, reforçando o direito ao nascimento seguro e à integridade da gestante. Há também iniciativas que buscam aprimorar normas da ANVISA e do Ministério da Saúde, bem como criar novas políticas públicas voltadas à saúde materna⁴¹.

no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Científica de Alto Impacto em Ciências Jurídicas, v. 27, n. 128, 14 nov. 2023. DOI: 10.5281/zenodo.10124752. Disponível em: <https://revistaft.com.br/violencia-obstetrica-e-sua-invisibilidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>. Acesso em: 6 mai. 2025.

38 GOMES, Karen Rayssa Arruda; SARAIVA, Rodrigo Araújo, loc. cit.

39 VIANA, Luiza Metzker. Da sala de parto ao tribunal: a responsabilidade jurídica dos profissionais de saúde diante de casos de violência obstétrica. Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Profª Drª Micheli Pereira de Melo. Florianópolis, 2024. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/256087/TCC%20-%20LUIZA%20METZKER%20VIANA%20%285%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 nov. 2024.

40 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 abr. 2025.

41 EMERJ., loc. cit.

Também há proposições voltadas à criação de políticas públicas para prevenção e enfrentamento da violência obstétrica, com ênfase na formação de profissionais e no aumento das campanhas de conscientização, com o objetivo de uma crescente melhora na conscientização das vítimas e na acessibilidade das medidas socioeducativas e dos canais de denúncia específicos. Esse grupo de projetos evidencia uma preocupação em tratar o tema para além da esfera penal, reconhecendo a necessidade de ações educativas e estruturais que transformem a cultura institucional dos serviços de saúde⁴².

No entanto, também ganham força as iniciativas que visam tipificar penalmente as condutas abusivas no atendimento obstétrico. Projetos de lei, em trâmite no CN, como o PL 8.219/2017, o PL 2.082/2022, o PL 2.373/2023, o PL 84/2023, o PL 422/2023, o PL 712/2024 e o PL 3.346/2024, possuem como objetivo alterar leis já existentes ou criar outros instrumentos normativos voltados à prevenção e repressão dessa forma de violência⁴³. Essas proposições legislativas refletem uma crescente mobilização social e institucional para reconhecer os direitos das mulheres no contexto do parto e da assistência obstétrica, especialmente no que se refere à proteção da autonomia e à garantia de um atendimento humanizado⁴⁴.

O Projeto de Lei nº 2.082/2022, que ainda se encontra em tramitação em sua Casa Iniciadora, no Senado, aguardando designação do relator, age em duas vertentes: a primeira, sendo a vertente penal, propõe um avanço significativo ao sugerir a tipificação penal da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro, com a inclusão do art. 285-A ao Código Penal Brasileiro (Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940):

Art. 285-A Constitui violência obstétrica qualquer conduta direcionada à mulher durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, que lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário, praticada sem o seu consentimento ou em desrespeito pela sua autonomia ou, ainda, em desacordo a procedimentos estabelecidos no âmbito do Ministério da Saúde, constituindo assim uma clara limitação do poder de escolha e de decisão da mulher.

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Parágrafo único. Caso a mulher vítima de violência seja menor de 18 anos ou maior de 40 anos

Pena - detenção, de seis meses a dois anos⁴⁵.

Para além da esfera penal, age em uma vertente institucional, com a proposta de alterar a legislação do SUS, voltando-se à obrigatoriedade de se estabelecer procedimentos e processos no âmbito do SUS para o combate à violência obstétrica, com a utilização de mecanismos de prevenção, como programas de capacitação e sensibilização para profissionais de saúde. Essa proposta busca enfrentar tanto a invisibilidade legal quanto as falhas na responsabilização, trazendo

42 Ibidem

43 Ibidem

44 Ibidem

45 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 2082/2022. Disponível <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9189190&ts=1661339265394&disposition=inline>. Matérias Bicamerais - Congresso Nacional. Acesso em: 25 abr. 2025.

maior clareza sobre os limites éticos e jurídicos da atuação médica no contexto obstétrico⁴⁶.

Entende-se como alteração da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde):

Art. 19-J. [...] §

4º O disposto no caput deve ser colocado à disposição da parturiente e sua recusa deve ser registrada no respectivo prontuário do procedimento.

[...]

Art. 19-K. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, devem criar ações e procedimentos para combater a violência obstétrica

§ 1º As ações destinadas ao combate da violência de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo.

§ 2º Entende-se por violência obstétrica: qualquer conduta direcionada à mulher durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, que lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário, praticada sem o seu consentimento ou em desrespeito pela sua autonomia ou em desacordo a procedimentos estabelecidos no âmbito do Ministério da Saúde, constituindo assim uma clara limitação do poder de escolha e de decisão da mulher.

§ 3º O Sistema Único de Saúde deve promover campanhas de prevenção à violência obstétrica⁴⁷.

O PL nº 2.373/2023, em trâmite, ainda em sua Casa Iniciadora, na Câmara dos Deputados, aguarda parecer do(a) relator(a) na Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família (CPASF). A proposta amplia a discussão ao incorporar o conceito de violência ginecológica, reconhecendo que as práticas abusivas contra mulheres não se limitam apenas ao momento do parto. Ao propor diretrizes para o atendimento em toda a assistência à saúde da mulher, essa proposta visa garantir que o cuidado ginecológico e obstétrico seja pautado pelo respeito à dignidade, ao consentimento informado e à autonomia corporal das pacientes, e estabelece também orientações para o planejamento de assistência ao parto humanizado e acolhedor, para evitar ainda mais a prática desse tipo de violência⁴⁸.

Em suma, a tese central é oferecer não apenas definições sobre a violência obstétrica e ginecológica, mas também propor medidas efetivas para sua prevenção e para a respectiva e devida punição dos abusos cometidos. Ao reconhecer que essas formas de violência ultrapassam o momento do parto e podem ocorrer em diversas etapas do atendimento à saúde da mulher, este PL busca garantir um cuidado baseado no respeito à dignidade, à autonomia e ao consentimento informado, promovendo uma atuação mais humanizada e responsável por parte dos profissionais e instituições de saúde⁴⁹.

46 EMERJ., loc. cit.

47 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 2082/2022. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9189190&ts=1661339265394&disposition=inline>. Matérias Bicamerais - Congresso Nacional. Acesso em: 25 abr. 2025.

48 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2373/2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2268792&filename=PL%202373/2023. Matérias Bicamerais - Congresso Nacional. Acesso em: 25 abr. 2025.

49 Ibidem

Nos artigos 5º e 6º do respectivo PL, é conceituada a Violência Obstétrica, definindo suas características⁵⁰:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, conceitua-se violência obstétrica e ginecológica como qualquer conduta comissiva ou omissiva direcionada à mulher no período de pré-parto, parto, pós-parto imediato, abortamento e puerpério que cause danos, sofrimento ou morte.

Parágrafo único. A violência obstétrica e ginecológica pode ser cometida exclusivamente contra a mulher, no exercício dos direitos relacionados à sua saúde sexual e reprodutiva, nos limites compreendidos dos estabelecimentos de saúde ou correlatos, por profissionais de saúde ou de assessoramento administrativo desses estabelecimentos.

Art. 6º Constituem formas características de violência obstétrica e ginecológica contra a mulher:

I - violência física, entendida como conduta por ação ou omissão que incida sobre o corpo da mulher de forma violenta;

II - violência psicológica, entendida como ação verbal ou de cunho comportamental que cause na mulher danos emocionais;

III - violência sexual, entendida como ações impostas à mulher que violem sua intimidade, incidindo sobre seu senso de integridade sexual e reprodutiva, podendo ter acesso ou não aos órgãos sexuais e partes íntimas;

IV - violência institucional, entendida como ações ou formas de organização que dificultem, retardem ou impeçam o acesso da mulher aos seus direitos constituídos, sejam estas ações ou serviços de natureza pública ou privada;

V - violência material, entendida como ações e condutas ativas e passivas, com o fim de obter recursos financeiros de mulheres em processos reprodutivos, que violem seus direitos já garantidos por lei, em benefício de pessoa física ou jurídica;

VI - violência midiática, entendida como ações praticadas através de meios de comunicação, dirigidas a violar psicologicamente mulheres em processos reprodutivos, com a finalidade de influenciar sua escolha e limitar seus direitos⁵¹.

Outro foco que circunda este projeto é a persistência de denúncias de abusos, desrespeitos e maus-tratos no contexto obstétrico, mesmo após a promulgação de normas e diretrizes voltadas à humanização do parto no Brasil. Tal realidade evidencia a distância entre a legislação existente e a efetividade de sua aplicação. Diante do crescente reconhecimento social das violações à integridade física e emocional da gestante, parturiente e puérpera, torna-se indispensável a criação de um tipo penal específico, capaz de punir essas condutas de forma mais rigorosa, sempre que não já caracterizadas como crimes mais graves⁵².

À luz do relatório desenvolvido pela NUPEGRE, demonstra-se que há uma quantidade expressiva de projetos, mais especificamente, 173 em tramitação, os quais tratam direta ou indiretamente do tema, o que sinaliza uma tendência legislativa de reconhecimento gradual da prática como forma específica de violência de gênero institucionalizada⁵³. É importante observar que parte dessas proposições legislativas ainda enfrenta resistências ideológicas dentro do próprio

50 EMERJ., loc. cit.

51 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2373/2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2268792&filename=PL%202373/2023. Matérias Bicamerais - Congresso Nacional. Acesso em: 25 abr. 2025.

52 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2373/2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2268792&filename=PL%202373/2023. Matérias Bicamerais - Congresso Nacional. Acesso em: 25 abr. 2025.

53 EMERJ., loc. cit.

Congresso, com discursos que tratam o tema como “ideologizado” ou “não técnico”, sendo este um dos motivos para que a maioria deles esteja estagnada na fase da Casa Iniciadora e Revisora (segunda fase)⁵⁴.

Portanto, a legislação brasileira ainda não a reconhece formalmente como uma categoria jurídica autônoma, o que gera desafios práticos para seu enfrentamento. Não tendo uma pena específica por lei no Brasil, a conduta passa a ser punida sob outras leis e se enquadra em outras tipificações, dependendo do tipo de violência praticada⁵⁵.

Reconhecer a violência obstétrica como um fenômeno estrutural e interseccional, e não apenas como falha técnica isolada, é essencial para desenvolver estratégias eficazes de enfrentamento. Isso requer reformular a formação dos profissionais de saúde, implementar políticas públicas de prevenção focadas nos direitos sexuais e reprodutivos, fortalecer a participação social e garantir o comprometimento do sistema de justiça na responsabilização dos agressores. Sem essas ações, a violência obstétrica continuará sendo tratada como exceção, quando, na verdade, é uma expressão cotidiana de um modelo assistencial que precisa ser urgentemente transformado⁵⁶.

3.2 Estudo de Caso: Gisele Oliveira

O caso de Gisele Oliveira, em Feira de Santana (BA), exemplifica a violência obstétrica no sistema público brasileiro. Aos 29 anos, durante o parto do segundo filho, ela foi submetida a práticas dolorosas e desrespeitosas, como a manobra de Kristeller e cortes sem consentimento informado. Além disso, sofreu insultos e comentários agressivos dos profissionais, como “pare de gritar” e “na hora de fazer não gritou assim”, refletindo o julgamento moral e a naturalização da violência contra a mulher no parto.⁵⁷

Durante a cirurgia, o esposo da paciente foi impedido de acompanhá-la, violando o direito garantido pela Lei do Acompanhante (Lei nº 11.108/2005). Ele relata que ficou na recepção sem informações, até que, por volta das 5h da manhã, entrou no hospital em busca de notícias da esposa e da filha, procurando de sala em sala até receber ajuda de uma enfermeira.⁵⁸

Gisele relatou sentir-se emocionalmente imobilizada e sem forças para reagir ao tratamento recebido, ressaltando a falta de explicações e acolhimento por parte dos profissionais. A negligência continuou após o parto, quando sofreu sangramentos e dores por dias, precisando buscar

54 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2373/2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2268792&filename=PL%202373/2023. Acesso em: 25 abr. 2025.

55 EMERJ., loc. cit.

56 Ibidem

57 G1. Mulher denuncia ter sofrido violência obstétrica durante parto em unidade de saúde de Feira de Santana: 'Isso dói muito'. Bahia, 14 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia>. Acesso em: 12 mai. 2025.

58 Ibidem

atendimento médico novamente. A experiência causou traumas físicos e psicológicos profundos, levando-a a denunciar publicamente o caso nas redes sociais e na imprensa, buscando justiça e prevenção para outras mulheres⁵⁹.

No entanto, até o presente momento, não há informações sobre a abertura de processo administrativo ou penal para responsabilizar os profissionais envolvidos no caso de Gisele. A diretora médica do Hospital da Mulher, Andréa Alencar, afirmou que a instituição não registra ocorrências de violência obstétrica e que a paciente pode formalizar denúncia pelos canais legais disponíveis, como ouvidoria, diretoria médica e Ministério Público, apesar de não ter assistido aos vídeos divulgados por Gisele⁶⁰.

No entanto, a Fundação Hospitalar de Feira de Santana emitiu uma nota oficial desmentindo as acusações da paciente, alegando que as informações eram infundadas, com o seguinte esclarecimento:

Após o nascimento, o bebê recebeu os cuidados pediátricos e levado com segurança à mãe. Vale ressaltar que a paciente não prestou nenhuma reclamação na ouvidoria da unidade hospitalar, tampouco insatisfação à diretoria técnica. A FHFS repudia atos de injúria e difamação direcionados pela paciente aos profissionais de saúde, que não condizem à verdade dos fatos. O serviço prestado pelo Hospital da Mulher é referência em parto humanizado e destaque estadual com mais de 8 mil procedimentos no último ano⁶¹.

Esse silêncio institucional reforça a impunidade e a falta de mecanismos eficazes para proteger os direitos das parturientes, mesmo diante de relatos graves e amplamente divulgados. A história de Gisele não é um episódio isolado naquela unidade de saúde. Temos o reflexo de uma estrutura profundamente marcada pelo machismo institucionalizado, pela hierarquia médica rígida e pela invisibilização do sofrimento feminino. Temos alguns profissionais que estão mais preocupados com a quantidade, e eficiência do que com a qualidade do trabalho, fatores, estes, que dificultam tanto o reconhecimento quanto a responsabilização penal desses atos⁶².

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou a violência obstétrica sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, evidenciando a urgente necessidade de reconhecimento dessa prática como violação de direitos fundamentais no contexto jurídico brasileiro. Demonstrou-se que, embora a Constituição Federal assegure à mulher o direito à integridade física, psicológica e moral, a ausência de legislação penal específica que tipifique essa forma de violência contribui para a

59 Ibidem

60 Ibidem

61 FUNDAÇÃO HOSPITALAR DE FEIRA DE SANTANA. Fundação Hospitalar desmente acusações de paciente. Fundação Hospitalar, 2025. Disponível em: <https://www.feiradesantana.ba.gov.br> Acesso em: 12 mai. 2025.

62 G1. Mulher denuncia ter sofrido violência obstétrica durante parto em unidade de saúde de Feira de Santana: 'Isso dói muito'. Bahia, 14 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia>. Acesso em: 12 mai. 2025.

perpetuação de práticas abusivas e para a impunidade dos agentes envolvidos.

Ao longo da pesquisa, ficou evidente que a violência obstétrica está enraizada em uma sociedade marcada fortemente pelo machismo estrutural que legitima o controle dos corpos femininos, especialmente nos momentos de maior vulnerabilidade, como o parto. Tal realidade fere diretamente os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, notadamente o da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

A lacuna legislativa atualmente existente não apenas dificulta a responsabilização penal dos profissionais que cometem abusos, mas também configura uma forma de omissão estatal, passível de ser interpretada como conivência com tais práticas. A ausência de um tipo penal específico impede a aplicação de uma justiça célere e proporcional, além de dificultar o reconhecimento das vítimas e o devido processo de reparação. Nesse sentido, a ausência de legislação equivale, de certo modo, à perpetuação dessas violações.

Sugere-se, portanto, a urgente aprovação e implementação de um projeto de lei que tipifique a violência obstétrica como crime autônomo e específico, abrangendo tanto os abusos cometidos contra a parturiente quanto aqueles que afetam o recém-nascido. Tal medida traria maior segurança jurídica às vítimas e possibilitaria uma atuação penal mais eficaz, sem depender da adaptação de tipos penais genéricos que, muitas vezes, não abarcam adequadamente a complexidade dos fatos.

Além disso, é fundamental o fortalecimento das políticas públicas voltadas à humanização do parto, com fiscalização mais eficaz e ampliação de programas de formação e capacitação dos profissionais da saúde, com enfoque em práticas baseadas na empatia, no consentimento informado e no respeito à autonomia das gestantes. A humanização e especialização do cuidado obstétrico devem ser tratadas como políticas públicas, não como exceções.

Concluir esta pesquisa significa também lançar um apelo à sociedade civil, aos operadores do Direito e aos agentes públicos: é imprescindível romper o silêncio em torno da violência obstétrica e assumir o compromisso coletivo com a dignidade das mulheres. O nascimento de um filho deve ser um momento marcado por cuidado, acolhimento e respeito — nunca por dor, humilhação ou medo. Apenas quando a dignidade humana for o centro do processo de parturição poderemos afirmar que vivemos em uma sociedade verdadeiramente justa.

REFERÊNCIAS

ACKER, Joan. “Class, Gender, and the Relations of Distribution.” *Signs*, vol. 13, no. 3, 1988, p. 473–97.

ALVARENGA, Sarah Pereira; KALIL, José Helvécio. **Violência obstétrica: como o mito "parirás com dor" afeta a mulher brasileira.** *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, Três Corações, v. 14, n. 2, p. 641-649, ago./dez. 2016. Disponível em: <http://periodicos.unincor.br>. Acesso em: 05 nov. 2024.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial.** Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/c>. Acesso em: 24 abr. 2025.

BARATA, Rita Barradas. **Relações de gênero e saúde: desigualdade ou discriminação?** In: BARATA, Rita Barradas. *Como e por que as desigualdades sociais fazem mal à saúde.* Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2009. p. 73-94. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/48z26/pdf/barata-9788575413913-06.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2025.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo.** Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2008.

BOARETTO, Juliana Ferreira et al. **Violência obstétrica: uma revisão integrativa.** *Revista de Enfermagem UFPE*, v. 13, n. 3, p. 743-751, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaenfermagem>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRANCO, M. A.; MEUCCI, R. D.; PALUDO, S. DOS S. **Práticas associadas à violência obstétrica no parto vaginal: estudo de base populacional em município do Sul do Brasil.** *Cadernos Saúde Coletiva*, v. 32, n. 2, 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial. **Violência obstétrica é violação dos direitos humanos, diz OMS.** Brasília, 2014. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/violencia-obstetrica-e-violacao-dos-direitos-humanos-diz-oms>. Acesso em: 04 nov. 2024. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ordem do Dia. Reunião n. 35881.** Congresso Nacional, Brasília, 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2373/2023.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2268792&filename=PL%202373/2023. Matérias Bicamerais - Congresso Nacional. Acesso em: 25 abr. 2025.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005.** Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 8 abr. 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2082/2022.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?>

dm=9189190&ts=1661339265394&disposition=inline. Matérias Bicamerais - Congresso Nacional. Acesso em: 25 abr. 2025.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Vítimas de violência obstétrica denunciam**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias>. Acesso em: 12 nov. 2024.

COBO, Barbara; CRUZ, Claudia; DICK, Paulo C. **Desigualdades de gênero e raciais no acesso e uso dos serviços de atenção primária à saúde no Brasil**. Ciênc. saúde coletiva, v. 26, n. 09, set. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. **Violência obstétrica: violação dos direitos humanos das mulheres e atuação do profissional de enfermagem**. Brasília, 2021. Disponível em: <http://biblioteca.cofen.gov.br/violencia-obstetrica-violacao-dos>. Acesso em: 10 out. 2024.

DIAS, Sabrina Lobato; PACHECO, Adriana Oliveira. **Marcas do parto: As consequências psicológicas da violência obstétrica**. Revista Arquivos Científicos (IMMES), Macapá, AP, v. 3, n. 1, p. 04-13, 2020. ISSN 2595-4407. Disponível em: <https://arqcientificosimmes.com.br>. Acesso em: 24 nov. 2024.

DINIZ, C. S. G. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 10, n. 3, p. 627-637, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/JQVbGPcVFfy8PdNkYgJ6ssQ/>. Acesso em: 18 out. 2024.

EMERJ. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **“Se ficar gritando, vai ter o filho sozinha”. A Violência Obstétrica à Luz do Direito Brasileiro e do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**. NUPEGRE. Núcleo de Pesquisa em Gênero, Raça e Etnia. Relat. Pesq. NUPEGRE, Rio de Janeiro, n. 7, p. 1-214, 2024. Disponível em: <https://mpmulheres.com.br/wp-content/uploads/2024/05/A-violencia-obstetrica-a-luz-do-direito-brasileiro-e-do-sistema-interamericano-de-protecao-de-Direitos-Humanos-NUPEGRE.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2025.

FIOCRUZ. Escola Nacional de Saúde Pública. (ENSP/Fiocruz). **Nascer no Brasil**. Fiocruz, 2019. Disponível em: <https://nascernobrasil.ensp.fiocruz.br>. Acesso em: 05 nov. 2024.

FIOCRUZ. **Fundação Oswaldo Cruz**. Universalidade. Fiocruz, 2025. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br>. Acesso em: 28 mar. 2025.

FIOTEC - Fundação Instituto Oswaldo Cruz. **Estudo sobre violência obstétrica iniciado pela Fiocruz**. Fiotec Fiocruz, 2024. Disponível em: <https://www.fiotec.fiocruz.br>. Acesso em: 05 nov. 2024.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Petrópolis, Vozes, 1987.

FUNDAÇÃO HOSPITALAR DE FEIRA DE SANTANA. **Fundação Hospitalar desmente acusações de paciente**. Fundação Hospitalar, 2025. Disponível em: <https://www.feiradesantana.ba.gov.br> Acesso em: 12 mai. 2025.

G1. **Mulher denuncia ter sofrido violência obstétrica durante parto em unidade de saúde de Feira de Santana: 'Isso dói muito'**. Bahia, 14 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia>. Acesso em: 12 mai. 2025.

GOMES, Karen Rayssa Arruda; SARAIVA, Rodrigo Araújo. **O enfrentamento à violência obstétrica através da normativa legal específica: um estudo de caso da influencer Shantal Verdelho.** *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, São Paulo, v. 9, n. 5, p. 1–20, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease>. Acesso em: 24 abr. 2025.

LEITE, T. H. et al. **Epidemiologia da violência obstétrica: uma revisão narrativa do contexto brasileiro.** *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 29, n. 9, 2024.

LOBO, Lígia Correia et al. **Aspectos históricos da violência obstétrica e as influências da humanização do parto: uma revisão integrativa.** *Saúde e Pesquisa*, v. 13, n. 1, p. 91-98, 2020. Disponível em: <https://www.saudeepesquisa.ufscar.br/index.php/saudeepesquisa/article/view/2905>. Acesso em: 10 out. 2024.

LOPES, Eduarda; OLIVEIRA, Rilker. **Violência obstétrica: a problemática de um abuso silencioso contra as mulheres no momento gestacional.** In: DIREITOS E SUAS APLICABILIDADES SISTÊMICAS: NOVOS PARADIGMAS-VOLUME 2. Editora Científica Digital, 2023. p. 323-341. Disponível em: <https://downloads.artigo>. Acesso em: 12 nov. 2024.

MENEZES, Gabriele Barreto de; SANTOS NETO, Onetício Batista dos. **Violência obstétrica e sua invisibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.** *Revista Científica de Alto Impacto em Ciências Jurídicas*, v. 27, n. 128, 14 nov. 2023. DOI: 10.5281/zenodo.10124752. Disponível em: <https://revistaft.com.br/violencia-obstetrica-e-sua-invisibilidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>. Acesso em: 6 mai. 2025.

MORAES, Carlos. **13 situações que configuram violência obstétrica.** Portal Hospitais Brasil, 10 ago. 2021. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/13-situacoes-que-configuram-violencia-obstetrica/>. Acesso em: 6 mai. 2025

NASCIMENTO, K. I. M.; LIMA, V. de S.; NOVAES, C. D. P.; PONTE, A. R.; E CARDOSO, L. R. C.; DE ARAGÃO, C. R. B.; ALCÂNTARA, L. da M.; PINHEIRO, R. M. A.; TRINDADE, G. B. de M.; BRITO, D. M. da S. **Manobra de Kristeller: uma violência obstétrica / Kristeller's maneuver: obstetric violence.** *Brazilian Journal of Health Review*, 2021, v. 4, n. 2, p. 7362–7380, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.**

ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 6 mai. 2025.

PARÁ. Ministério Público do Estado do Pará. **Cartilha de violência obstétrica: orientação para mulheres e profissionais de saúde.** Belém: MPPA, 2019. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/data> Acesso em: 25 nov. 2024.

PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. **Violência obstétrica e a violação dos direitos da mulher.** MPPR, 2024. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/escolasuperior/Noticia/Violencia-obstetrica-e-violacao-dos-direitos-da-mulher>. Acesso em: 06 mai. 2025.

PORTAL HOSPITAIS BRASIL. **13 situações que configuram violência obstétrica.** Portal Hospitais do Brasil, 7 mar. 2022. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/13-situacoes-que-configuram-violencia-obstetrica/>. Acesso em: 6 mai. 2025.

RATTNER, Raquel. **Violência Obstétrica no Brasil: desafios para a humanização do parto**, 2017.

SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Violência obstétrica: um olhar jurídico sobre os direitos da mulher na gestação, parto e puerpério**. São Paulo: DPE-SP, 2016. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/f60e278a-4bd2-0094-2917-e9fc0c74d310>. Acesso em: 26 out. 2024.

SILVA, Fernanda de Oliveira. **A dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito**. 2010. 102 f. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br>. Acesso em: 24 abr. 2025.

STEVES, Alan da Silva; MOLINARO, Carlos Alberto. **A dignidade da pessoa humana na visão de Ingo W. Sarlet: desde a problematização do conceito até o pensar fora do marco jurídico estabelecido**. *Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica*, Florianópolis, Brasil, 2018, v. 4, n. 1, p. 94–118. Disponível em: <https://www.indexlaw.org>. Acesso em: 24 abr. 2025.

VIANA, Luiza Metzker. **Da sala de parto ao tribunal: a responsabilidade jurídica dos profissionais de saúde diante de casos de violência obstétrica**. Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof^a Dr^a Micheli Pereira de Melo. Florianópolis, 2024. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/256087/TCC%20-%20LUIZA%20METZKER%20VIANA%20%285%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 nov. 2024.

CAPÍTULO V
DEMOCRACIA E TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO

A TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O PERIGO DE MANIPULAÇÃO ALGORITÍMICA DA VONTADE POPULAR NO PROCESSO CONSTITUINTE

Julio Cesar Reccanello MAGALHÃES¹

Juliano Junior SILVÉRIO²

Natalia Maria Ventura da Silva ALFAYA³

RESUMO

O presente artigo examina a titularidade do poder constituinte sob a perspectiva das transformações provocadas pela sociedade da informação e pelos avanços tecnológicos da quarta revolução industrial. O estudo parte da concepção clássica do poder constituinte, especialmente a formulação de Emmanuel Sieyès, que estabelece a nação — e, em sua evolução contemporânea, o povo — como titular originário desse poder. Com base em revisão bibliográfica de obras fundamentais do direito constitucional, bem como em autores críticos da era digital como Evgeny Morozov e Cathy O'Neil, o trabalho busca compreender como os algoritmos, o big data e a atuação das big techs podem interferir na formação e no exercício da vontade popular. A pesquisa tem como objetivo central refletir sobre os riscos de manipulação algorítmica da vontade do titular do poder constituinte, problematizando a legitimidade democrática em um contexto onde a soberania popular pode ser distorcida por estruturas informacionais invisíveis. A metodologia adotada é qualitativa e teórico-dogmática, com base na análise crítica da doutrina constitucional clássica e contemporânea, articulada com literatura interdisciplinar que aborda o impacto das tecnologias digitais na política e no direito. Como resultado, o estudo evidencia que a titularidade do poder constituinte, embora permaneça formalmente com o povo, encontra-se sob ameaça na era do constitucionalismo digital. A manipulação silenciosa e massiva de dados, aliada à opacidade dos algoritmos e à influência desproporcional das plataformas digitais, coloca em risco a autenticidade da vontade popular. Conclui-se, portanto, que a defesa da soberania popular no século XXI demanda novas formas de regulação, transparência tecnológica e educação digital, a fim de impedir que a titularidade do poder constituinte seja usurpada por uma lógica algorítmica que subverte os fundamentos do constitucionalismo democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Poder constituinte; *big data*; constitucionalismo digital; soberania popular.

1 Mestrando em Direito, Sociedade e Tecnologia junto ao Programa de Pós-graduação *strictu sensu* em Direito pelas Faculdades Londrina. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Claretiano (2019) e graduado em Direito pela Faculdade de Ibatí/ UNIESP, (2014-2018). Advogado inscrito na OAB/PR 96.282. E-mail: reccanellomagalhaes@gmail.com.

2 Mestrando em Direito, Sociedade e Tecnologia junto ao Programa de Pós-graduação *strictu sensu* em Direito pelas Faculdades Londrina. Pós-Graduado em prática jurídica pela Escola Judiciária do Paraná. Graduado em Direito pela Unopar Londrina. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. E-mail: julianosilverio33@gmail.com

3 Doutora Em Ciências Jurídicas e Sociais junto ao Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (2015-2018). Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2012-2014). Especialista em Direito Internacional e Econômico (2010-2011) e em Filosofia Jurídica (2020-2021), ambas pela Universidade Estadual de Londrina e Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2005-2009). Advogada inscrita na OAB/PR 59.792. Docente do curso de graduação em Direito da Escola de Direito das Faculdades Londrina - EDFL e do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias pela mesma IES. Pesquisadora do grupo Democracia, Cidadania e Estado de Direito - DeCIED e junto ao Instituto Gilvan Hansen - IGH. Pesquisando, especialmente, nas áreas de Democracia e participação democrática, constitucionalismo latino-americano, modernidade periférica, ensino superior jurídico e a influência das novas tecnologias nestes campos; tendo como bases teóricas principais Jürgen Habermas e Jessé Souza. E-mail: naty.alfaya@gmail.com.

ABSTRACT

This article examines the ownership of constituent power in light of the transformations brought about by the information society and the technological advances of the Fourth Industrial Revolution. The study begins with the classical conception of constituent power, especially the formulation by Emmanuel Sieyès, which establishes the nation — and, in its contemporary evolution, the people — as the original holder of such power. Based on a literature review of key works in constitutional law, as well as critical thinkers of the digital era such as Evgeny Morozov and Cathy O'Neil, the research seeks to understand how algorithms, big data, and the actions of Big Tech companies can interfere with the formation and exercise of popular will. The main objective is to reflect on the risks of algorithmic manipulation of the constituent power holder's will, problematizing democratic legitimacy in a context where popular sovereignty may be distorted by invisible informational structures. The methodology is qualitative and theoretical-dogmatic, grounded in a critical analysis of classical and contemporary constitutional doctrine, combined with interdisciplinary literature addressing the impact of digital technologies on politics and law. As a result, the study demonstrates that, although the constituent power formally remains with the people, it is under threat in the era of digital constitutionalism. The silent and massive manipulation of data, combined with algorithmic opacity and the disproportionate influence of digital platforms, endangers the authenticity of popular will. The conclusion emphasizes that defending popular sovereignty in the 21st century requires new forms of regulation, technological transparency, and digital education, in order to prevent the usurpation of constituent power by algorithmic logic that undermines the foundations of democratic constitutionalism.

KEY-WORDS: *constituent power; big data; constitutionalism; popular; sovereignty.*

1 INTRODUÇÃO

O conceito de poder constituinte representa um dos fundamentos teóricos mais relevantes para a compreensão da gênese e da legitimidade das constituições modernas. Desde os estertores do absolutismo até os dias atuais, esse poder tem sido o ponto de partida para a formação de ordens jurídicas e políticas, sendo concebido como a expressão inaugural e soberana da vontade fundadora de um povo. A sua formulação clássica emerge no contexto da Revolução Francesa, momento de profunda ruptura política e social, no qual o clamor por uma nova ordem jurídica impôs a necessidade de sistematizar juridicamente a vontade da nação. Neste ambiente revolucionário, desponta a figura de Emmanuel Sieyès, cuja obra “O que é o Terceiro Estado?” delineia as premissas fundamentais da titularidade do poder constituinte, consagrando a ideia de que esse poder pertence, originariamente, à nação.

A noção de titularidade do poder constituinte, portanto, não é apenas um tema central do direito constitucional, mas uma categoria teórica em constante evolução. Ao longo da história, diferentes entes — como Deus, o monarca, a Igreja, a nação e, finalmente, o povo — reivindicaram a posição de fonte originária da legitimidade constitucional. Essa transição evidencia não apenas uma mudança de sujeito histórico, mas uma transformação nas formas de legitimação do poder político. Conforme aponta Vitor Nunes Leal, a definição de quem detém a titularidade do poder

constituente é fruto de elaborações filosóficas e ideológicas que refletem as disputas por hegemonia nos diversos contextos históricos. É nesse sentido que a doutrina contemporânea majoritariamente reconhece o povo como verdadeiro titular do poder constituinte, compreendendo-o como sujeito político ativo e consciente, capaz de estabelecer, modificar ou substituir a ordem constitucional vigente.

A consagração do povo como titular do poder constituinte origina-se de uma concepção democrática do direito, que associa legitimidade à participação popular. Nesse contexto, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet acentuam que o povo não é apenas um dado demográfico ou cultural, mas uma entidade politicamente autoconsciente que, ao agir em determinadas conjunturas, exerce de forma concreta esse poder originário. No entanto, esse exercício não ocorre de maneira uniforme ou absoluta, já que a distância entre titularidade e exercício é notável. Como bem destaca a literatura constitucional, a titularidade pertence ao povo, mas seu exercício pode ser direto ou indireto, conforme as condições sociopolíticas e tecnológicas de cada época.

Historicamente, o exercício direto do poder constituinte foi viável apenas em comunidades políticas de pequena escala, como nas democracias da Grécia Antiga, onde a cidadania era restrita e a participação direta possível. Com o crescimento dos Estados modernos e a ampliação da cidadania, tornou-se impraticável o exercício direto e contínuo desse poder, sendo necessário recorrer à representação política. Essa representação pode assumir, como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, duas formas distintas: a representação-expressão, em que a vontade do representado é expressamente transmitida pelo representante, e a representação-imputação, na qual a vontade do representante é presumida como sendo a do representado, ainda que dissociada de sua real intenção. Essa dualidade revela os desafios e os riscos do processo representativo, sobretudo quando se trata da elaboração de normas fundantes do sistema jurídico-político.

Em paralelo à evolução histórica e teórica do poder constituinte, a sociedade contemporânea encontra-se imersa em um novo paradigma: a sociedade da informação. A quarta revolução industrial e a ascensão da tecnologia digital transformaram não apenas os modos de produção, mas também as formas de comunicação, deliberação e participação política. Nesse novo cenário, surgem desafios inéditos à teoria do poder constituinte, especialmente no que diz respeito à formação da vontade popular. Se, por um lado, os meios digitais podem potencializar a participação cidadã por meio de consultas públicas, plebiscitos eletrônicos e plataformas interativas, por outro, revelam-se vulneráveis à manipulação algorítmica e à influência das chamadas big techs.

Autores como Evgeny Morozov e Cathy O’Neil alertam para os perigos da instrumentalização dos dados pessoais e da utilização de algoritmos como ferramentas de manipulação política. A possibilidade de que os algoritmos — denominados por O’Neil como

Armas de Destruição Matemática — influenciem ou mesmo fabriquem a vontade do titular do poder constituinte representa uma ameaça concreta à autenticidade da soberania popular. A emergência dessas questões desafia os pressupostos clássicos da teoria do poder constituinte e demanda uma reavaliação crítica à luz do constitucionalismo digital.

Neste contexto, torna-se imperioso repensar a própria noção de titularidade do poder constituinte em um cenário mediado por tecnologias que não apenas comunicam a vontade popular, mas que também a moldam, reproduzem e, eventualmente, distorcem. A introdução de mecanismos tecnológicos nos processos políticos não é neutra; ela implica escolhas, interesses e disputas de poder. Assim, compreender a titularidade do poder constituinte no século XXI exige uma abordagem que combine teoria constitucional, sociologia política e crítica tecnológica, visando resguardar a soberania popular frente às novas formas de dominação informacional.

O presente trabalho, portanto, parte da análise tradicional da titularidade do poder constituinte para, em seguida, discutir os impactos da sociedade da informação sobre essa titularidade, com o objetivo de refletir sobre os riscos e possibilidades de uma nova etapa do constitucionalismo: o constitucionalismo digital. Trata-se de um esforço para compreender como a tecnologia altera não apenas os meios de participação, mas o próprio sujeito do poder constituinte, bem como os mecanismos de legitimação e exercício desse poder fundamental.

2 A TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

A teoria do poder constituinte teve seu marco inicial com a Revolução Francesa, momento em que os revolucionários se depararam com a necessidade de sistematizar e organizar o processo revolucionário, de modo a dar vazão às transformações sociais em curso e solucionar as questões relacionadas à estruturação do Estado.

O poder constituinte representa a prerrogativa de elaborar uma Constituição, isto é, de sistematizar juridicamente a vontade e os anseios da nação em determinado momento histórico, consolidando os ideais e aspirações de uma geração. Trata-se, portanto, de um poder originário, fundante, responsável por instituir a ordem jurídico-política de um Estado.

Esse poder é titularizado pela nação, ou seja, pelo povo, de forma que a competência para formular uma Constituição — ou uma nova carta constitucional — pertence exclusivamente ao corpo político que compõe a soberania popular.

A formulação teórica dessa noção foi inicialmente desenvolvida por Emmanuel Sieyès, em sua obra clássica “O que é o Terceiro Estado?”, traduzida para o português com o título A Constituinte Burguesa.

Ao tratar da nação, Sieyès afirma: “existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural” (1986, p. 117), consagrando, assim, a ideia de que a vontade nacional é a fonte legítima de todo o ordenamento jurídico.

Vitor Nunes Leal menciona a existência de três correntes teóricas que disputaram, ao longo da história, a titularidade do poder constituinte: inicialmente o monarca, posteriormente a Igreja, até que se reconhecesse a titularidade do povo ou da nação. Nas palavras do autor:

O poder constituinte já foi investido na pessoa do monarca absoluto, tendo-se em vista a sua expressão dinástica. A Igreja já o disputou, proclamando a subordinação dos príncipes ao representante de Deus na Terra. Finalmente, erigiu-se o povo, ou a nação, em titular do poder constituinte.

Quem quer que estude, porém, a argumentação que fundamenta qualquer das três teses verá que as soluções são de natureza filosófica, seja do plano racional, seja do religioso. Veja-se a polêmica, que durou séculos, entre o Papado e a Realeza. Vejam-se Rousseau e Hobbes. Percorra-se a história das doutrinas políticas. (LEAL, p.2)

Por outro lado, Zulmar Fachin (2006, p.49) afirma que a titularidade do poder constituinte já foi de diversos atores, pertenceu a Deus em uma visão jurídico-cristã, em um segundo momento passou a pertencer ao monarca e após isto passou a nação, como dito pelo abade Sieyès e pontua ainda que atualmente pertence ao povo, fazendo distinção entre a titularidade da nação e do povo.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet (2022, p.106) lecionam da seguinte forma:

O povo, titular do poder constituinte originário, apresenta-se não apenas como o conjunto de pessoas vinculadas por sua origem étnica ou pela cultura comum, mas, além disso, como "um grupo de homens que se delimita e se reúne politicamente, que é consciente de si mesmo como magnitude política e que entra na história atuando como tal".

É possível, em todo caso, que um segmento do povo aja como representante do povo, dele obtenha o reconhecimento e atue como poder constituinte originário - o que correspondia à pretensão da burguesia na Revolução Francesa.

O poder constituinte é titularizado pela nação, ou seja, pelo povo que compõe determinado Estado, em consonância com a concepção sociológica desenvolvida por Ferdinand Lassalle, segundo a qual a constituição corresponde à “soma dos fatores reais de poder que regem uma nação” (p. 26). Tal perspectiva evidencia que é a própria nação quem detém, de fato, a titularidade do poder constituinte, uma vez que este reflete a realidade política, social e econômica de determinado contexto histórico.

Cumprido destacar que há uma distinção fundamental entre a titularidade e o exercício do poder constituinte. A titularidade, conforme reconhece a doutrina majoritária anteriormente mencionada, pertence ao povo ou à nação. Todavia, o exercício efetivo desse poder pode ocorrer de diferentes maneiras, variando conforme as características do regime político e a estrutura da sociedade. Em sociedades democráticas de menor escala, o exercício do poder constituinte pode ocorrer de forma direta, viabilizando a participação concreta dos cidadãos nos processos decisórios.

No entanto, à medida que as democracias se expandem territorial e populacionalmente, o exercício direto torna-se impraticável, sendo substituído por formas delegadas ou indiretas de manifestação da vontade popular.

Ao abordar a legitimidade do poder constituinte sob a ótica da participação popular, Rothenbrug leciona da seguinte forma:

Esse sujeito podia ser alguém que representasse a suposta vontade dos deuses ou de Deus, ou o monarca, uma elite aristocrática ou quem detivesse a força militar. Modernamente, porém, não se admite outra fonte de poder que não a democrática (vontade do povo), pelo que o poder constituinte, para ser legítimo, precisa ser manifestação da soberania popular. Daí a classificação do poder constituinte, quanto à legitimidade de quem o exerce ou quanto ao modo de elaboração das Constituições: autoritário ou democrático. (2010, p. 69)

O exercício direto do poder constituinte era viável em democracias de pequena escala, como a democracia ateniense, em que o conceito de cidadão era bastante restrito, limitado a um grupo reduzido de pessoas, o que tornava possível a participação direta desses indivíduos nas deliberações políticas e nos processos decisórios fundamentais.

Entretanto, com o crescimento dos Estados-nações e o consequente alargamento do conceito de cidadania — agora mais inclusivo e abrangente —, o exercício direto do poder constituinte, bem como de outros atos civis e políticos, tornou-se progressivamente mais oneroso e de difícil operacionalização. As complexidades demográficas, territoriais e institucionais inviabilizaram a participação direta contínua do povo em larga escala.

Diante disso, o exercício do poder constituinte passou a ocorrer de forma indireta, por meio da representação política. Nesse modelo, os cidadãos, na condição de titulares do poder constituinte, passaram a ser representados por agentes eleitos, incumbidos da missão de externar e efetivar a vontade popular no processo constituinte. Essa representação pode ocorrer, segundo a doutrina, de duas formas distintas: por meio da representação-expressão ou da representação-imputação.

A diferenciação entre essas duas formas é delineada por Ferreira Filho nos seguintes termos:

No primeiro dos dois, traduz a relação pela qual alguém exprime a vontade de outrem, o mais das vezes de um grupo determinado, num debate ou deliberação política. Neste caso, o representante transmite uma vontade preexistente, real e concreta, do(s) representado(s) (ou da maioria destes).

Na terminologia antiga, usada ainda no século XVIII, como se pode ver na obra de Rousseau, esse representante era designado por comissário 57.

Era um mero agente que desempenhava a tarefa (comissão) de levar ao órgão ou autoridade que deveria tomar a decisão, a vontade (ou opinião) de certas pessoas. Para clareza da exposição, chamar-se-á essa representação de representação-expressão. D Do

Mas a palavra pode ter outra significação, que coincide com o seu emprego no direito privado. O representante é quem, em lugar de uma pessoa, ou de um grupo, ou do povo, emite uma vontade que é imputada àquele em cujo nome ele se manifesta. Trata-se de uma representação-imputação: a vontade do representante se identifica com a vontade do representado, coincide ou não com a que este, de fato, emitiria. (2010, p. 57)

Por ocasião da elaboração da Constituição norte-americana, com o objetivo de convencer a população do Estado de Nova Iorque a ratificar o novo texto constitucional, foram publicados diversos artigos em jornais locais, hoje reunidos sob o título *The Federalist Papers*. Esses textos, redigidos por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, defendiam a nova Constituição e buscavam sua aceitação pelo povo daquele estado.

Esse episódio configura um exemplo clássico de tentativa de mobilização e convencimento popular por meio dos meios tradicionais de comunicação, ou melhor, por meio dos instrumentos de divulgação disponíveis à época. Trata-se de uma estratégia que visava garantir legitimidade democrática ao novo texto constitucional, ainda que os canais de participação fossem restritos às formas impressas e à retórica política do momento.

Esse paralelo histórico é relevante, pois quando da elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também se verificou expressiva participação popular. À época, foram apresentadas 122 emendas populares, o que demonstra o envolvimento da sociedade civil na construção do novo pacto constitucional. Além disso, a população também participou por meio do envio de cartas e sugestões aos constituintes, utilizando os meios de comunicação e interlocução disponíveis naquele momento.

Com o avanço das tecnologias digitais, passou-se a vislumbrar novas possibilidades de exercício dos direitos de participação política, sobretudo por meio da internet. Consultas públicas eletrônicas, plebiscitos digitais e outras formas de deliberação online passaram a ser defendidas como instrumentos capazes de ampliar a participação cidadã e tornar o processo constituinte mais inclusivo e responsivo.

É evidente que, em um eventual novo processo constitucional, essas ferramentas tecnológicas seriam amplamente utilizadas com o objetivo de canalizar e dar visibilidade às demandas populares. No entanto, a utilização dessas novas tecnologias também impõe desafios consideráveis, que não podem ser negligenciados.

Entre os principais riscos está a possibilidade de interferência da big data na formação e manipulação da vontade do titular do poder constituinte. A coleta massiva de dados, aliada à aplicação de algoritmos opacos e não auditáveis, pode comprometer a autenticidade da vontade popular, induzindo comportamentos, enviesando opiniões e minando a autodeterminação coletiva. Este é, sem dúvida, um dos problemas centrais que o constitucionalismo digital deverá enfrentar no século XXI.

3 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Com o advento da quarta revolução industrial houve uma profunda alteração nos meios de

produção, em especial no ramo que mais produz capital. Antes, era necessário utilizar uma matéria-prima, manufaturá-la e, após isso, obter um produto acabado para somente então colocá-lo no mercado e comercializá-lo. Essa era a lógica produtiva que imperava no modelo clássico do capitalismo industrial, fundado sobre a transformação física de recursos naturais em mercadorias tangíveis.

Este era o meio habitual de produção desenvolvido pelo capitalismo de mercado, o qual predominou até o início do século XXI, quando a sociedade da informação passou a ter predominância com os dados, tornando-se estes o novo produto. Com isso, ocorreu uma inversão na lógica econômica tradicional: agora, a matéria-prima do desenvolvimento deixou de ser concreta, física, para assumir uma natureza imaterial, baseada no comportamento humano, nos hábitos de consumo, nas escolhas individuais e coletivas captadas em tempo real pelos sistemas digitais.

Evgeny Morozov, em seu livro *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*, debate o tema e cita uma frase que se tornou um clichê: “os dados são o novo petróleo”. Essa comparação, embora criticada por sua simplicidade e pelas diferenças evidentes entre a natureza dos dados e dos recursos naturais, serve para indicar a centralidade que a informação assumiu na nova economia digital.

Já é quase um clichê afirmar que "dados são o petróleo do século XXI". Há muito a criticar nessa definição. Para começar, a forma como produzimos dados é muito diferente daquela como a natureza produz seus recursos. Mas esse chavão, por mais desgastado que esteja, acerta em um ponto, ao levar em conta a escala da transformação digital que se encontra à nossa frente. (MOROZOV, 2018, p.8)

Em seu livro, o autor traz o questionamento inquietante: se os dados são o novo petróleo, quais serão as violências, guerras e regimes que poderão ser depostos para assegurar a continuidade e o controle sobre a produção deste novo insumo digital? O paralelo traçado por Morozov é contundente, pois aponta para um modelo de exploração e dominação semelhante ao que historicamente acompanhou a geopolítica do petróleo. Agora, porém, o objeto da disputa não são jazidas subterrâneas, mas sim bancos de dados alimentados por nossas interações cotidianas online.

Tal questionamento é muito perspicaz, pois demonstra o risco que as sociedades contemporâneas estão correndo com a busca, captação e processamento destes dados que são o “novo petróleo”, de modo que as democracias periféricas, tal como a brasileira, devem construir mecanismos de proteção para se salvaguardar de agentes externos e internos, como ocorreu nas sociedades do Oriente Médio na guerra pelo controle do petróleo. A dependência digital, assim como a energética, pode ser explorada estrategicamente por potências econômicas e tecnológicas que detêm o controle dos meios de coleta, armazenamento e análise de dados.

O perigo da sociedade da informação ou da big data é o acúmulo de informações sobre os indivíduos — muitas vezes sem que sequer estes tenham o conhecimento da posse ou do uso destes dados pelas grandes corporações. A assimetria informacional entre o cidadão comum e os gigantes tecnológicos é abissal, dificultando qualquer tipo de consentimento real ou de controle sobre a própria privacidade.

A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709, de 2018, surge como um marco legal que tenta estabelecer limites e garantias mínimas nesse cenário. Ela exige o consentimento do titular dos dados para o seu processamento, impondo que esse consentimento seja válido, eficaz, informado e consciente. No entanto, a prática cotidiana revela que simples janelas de aceite ou termos de uso genéricos não esclarecem suficientemente o necessário aos titulares dos dados, deixando-os vulneráveis às grandes corporações, que continuam operando sob uma lógica opaca e desequilibrada de poder.

Estas delimitações legais, embora importantes, são feitas pelos Estados de maneira muitas vezes superficial. Isso se deve, em parte, à atuação intensa de “lobbys” praticados pelas *Big Techs*, que influenciam a formulação normativa para que as regulamentações se conformem aos seus próprios interesses comerciais. Essa captura legislativa fragiliza a efetividade das garantias estabelecidas em lei.

Por isso, Morozov afirma que as grandes corporações não desejam um Estado mínimo, ao contrário do que proclamam em seus discursos liberais. Vejamos:

Todavia, uma política apolítica não significa uma política sem controle ou gerenciamento. Como observa O Reilly em seu ensaio, "as novas tecnologias permitem diminuir a quantidade de regulamentação, aumentando simultaneamente a quantidade de supervisão e a produção de resultados desejáveis". Assim, equivocava-se quem acha que o Vale do Silício quer nos livrar das instituições governamentais. Seu Estado ideal não é o pequeno governo dos libertários - afinal, um Estado pequeno não precisa de aparelhos sofisticados nem de servidores de massa para o processamento de dados -, e sim o Estado obcecado pela acumulação de dados proposto pelos economistas comportamentais. (MOROZOV, 2018, p.92)

Isto demonstra a instrumentalização das *Big Techs* para o aparato estatal, de modo a utilizar deles para a consecução de fins diversos daqueles anunciados, tais como a interação social, bate-papos, ferramentas de busca e pesquisa, entre outros. Os algoritmos utilizados para viabilizar essas finalidades são denominados por Cathy O’Neil de “Armas de Destruição em Massa” (ADM), pois, embora mascarados sob a aparência de neutralidade matemática, são capazes de causar impactos severos quando utilizados de maneira indevida ou sem critérios éticos e jurídicos adequados.

Contudo, eu via problemas. As aplicações matemáticas fomentando a economia dos dados eram baseadas em escolhas feitas por seres humanos falíveis. Algumas dessas escolhas sem dúvida eram feitas com as melhores das intenções. Mesmo assim, muitos desses modelos programavam preconceitos, equívocos e vieses humanos nos sistemas de software que cada vez mais geriam nossas vidas. Como deuses, esses modelos matemáticos eram opacos, seus

mecanismos invisíveis a todos exceto aos altos sacerdotes de seus domínios: os matemáticos e cientistas da computação. Suas decisões, mesmo quando erradas ou danosas, estavam para além de qualquer contestação. E elas tendiam a punir os pobres e oprimidos da sociedade enquanto enriquecia ainda mais os ricos. Criei um nome para esses modelos nocivos: Armas de Destruição Matemáticas, ou ADM9. Vou dar um exemplo, destacando no percurso suas características destrutivas. (O'NEIL, 2020, p.12)

Tais armas, algoritmos, utilizam curtidas, comentários, interações sociais e tempo de visualização de conteúdo para entender o que desejamos, quais são nossos gostos, tendências ideológicas e preferências políticas. A partir disso, criam bolhas informacionais — ambientes fechados onde o sujeito apenas é exposto a conteúdos alinhados com seus padrões já conhecidos — promovendo reforço de crenças e, por consequência, radicalizações.

Entretanto, surge a questão: não poderiam estes ADM's valer-se dos nossos dados para também induzir, modificar ou mesmo criar preferências políticas?

Sim. Eles poderiam — e, como ficou evidenciado no caso “*Cambridge Analytica*”, de fato foram utilizados para fins de manipulação política em escala global. A partir da análise massiva de perfis psicográficos, campanhas direcionadas foram desenhadas para moldar a opinião pública, revelando o potencial desses sistemas de afetar diretamente os processos democráticos. Sendo assim, os algoritmos ou ADM, nas palavras de O'Neil, poderiam induzir as vontades e anseios populares, modificando a verdadeira vontade da nação, o que levanta sérias preocupações no âmbito do direito constitucional.

O risco da influência das *Big Techs* e dos algoritmos em um processo constituinte nunca foi tão elevado quanto em nosso tempo contemporâneo. Outrora, quando um sujeito decidia utilizar um veículo de comunicação, ler um jornal ou determinada literatura, ele sabia qual era a orientação do material consumido ou, ao menos, podia inferi-la e decidir conscientemente se queria ou não se expor àquele conteúdo. Por mais que houvesse tentativas de convencimento, estas se davam de forma clara, explícita, como foi o caso dos Federalistas, que objetivavam convencer a população de Nova Iorque a aprovar a Constituição dos Estados Unidos.

Porém, com o atual modelo, o titular do poder constituinte pode ser levado a crer que deseja algo que, em realidade, não deseja. Trata-se de uma criação artificial de desejos e percepções, projetados pelos algoritmos que, muitas vezes, operam de forma autônoma, mas orientada por objetivos estratégicos definidos por seus controladores. Estes desejos podem ser induzidos de forma deliberada ou como efeito colateral de sistemas cuja finalidade inicial sequer era política.

Estes são alguns dos riscos que o atual estado da arte da tecnologia pode causar no processo constitucional na era do constitucionalismo digital. Um novo olhar é urgente — não

apenas jurídico, mas interdisciplinar — para compreender e conter os efeitos desse novo poder invisível que molda, influência e, por vezes, usurpa a vontade soberana do povo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise acerca da titularidade do poder constituinte, especialmente à luz das transformações sociais e tecnológicas da contemporaneidade, evidencia que não se trata de um conceito estático ou meramente formal. Ao contrário, trata-se de uma construção histórica, política e filosófica, moldada conforme as disputas por legitimidade em cada tempo e espaço. A trajetória desse poder — que já foi atribuído a Deus, ao monarca, à Igreja, até alcançar o povo como titular legítimo — demonstra que a sua essência sempre esteve ligada à noção de soberania, ainda que travestida sob diferentes roupagens conforme os interesses dominantes de cada época.

É nesse sentido que a Revolução Francesa e os escritos de Sieyès assumem papel estruturante na consolidação do povo/nação como titular do poder constituinte. A formulação de Sieyès, ao colocar a nação como origem de todo poder, permitiu que o discurso jurídico-político se organizasse em torno de um novo fundamento de legitimidade: a vontade popular. Essa concepção foi amplamente acolhida na tradição constitucional ocidental, mesmo com as variações terminológicas e doutrinárias que distinguiram povo e nação, ou titularidade e exercício. O que permanece, contudo, é a centralidade do elemento democrático como base legitimadora.

Todavia, a atual fase do desenvolvimento social, marcada pela ascensão da sociedade da informação, impõe a necessidade de repensar criticamente os modos como essa titularidade é exercida e, sobretudo, formada. Os algoritmos, as plataformas digitais e os grandes conglomerados tecnológicos — as chamadas big techs — não apenas mediam a expressão da vontade popular, mas, cada vez mais, condicionam, influenciam e, em certos casos, fabricam essa vontade. A questão que se impõe, então, é se ainda podemos falar em titularidade autêntica do poder constituinte quando a vontade da nação pode ser manipulada, enviesada ou mesmo substituída por projeções algorítmicas que operam sob lógicas opacas e interesses privados.

Como demonstrado, os algoritmos utilizados pelas plataformas digitais, verdadeiras Armas de Destruição Matemática (ADM), operam na coleta massiva de dados pessoais e, a partir disso, estruturam bolhas informacionais e ambientes de reforço cognitivo que interferem diretamente na percepção que o titular do poder constituinte tem de sua própria vontade. Ao contrário das tentativas históricas de convencimento explícito, como os *Federalist Papers* ou as emendas populares da Constituição de 1988, os novos meios de persuasão digital atuam de forma difusa, silenciosa e, por vezes, imperceptível. Trata-se de uma engenharia da vontade que desafia o próprio núcleo do constitucionalismo democrático.

Diante disso, é preciso reafirmar que a titularidade do poder constituinte continua sendo do povo, como expressão última da soberania. Contudo, o exercício dessa titularidade deve ser constantemente resguardado frente aos riscos que a sociedade da informação impõe. O constitucionalismo digital, nesse sentido, não pode se limitar a incorporar novas tecnologias ao processo político, mas deve, sobretudo, construir salvaguardas que impeçam que tais tecnologias venham a capturar a vontade popular e usurpá-la de sua legitimidade originária.

A proteção dos dados, a transparência dos algoritmos, a regulação efetiva das *big techs* e a educação digital da população tornam-se, assim, elementos indispensáveis para garantir que o povo permaneça como o verdadeiro titular do poder constituinte. Sem isso, corre-se o risco de substituirmos a soberania popular por uma soberania algorítmica, em que a vontade não mais emana do povo, mas sim dos sistemas que o observam, modelam e dirigem.

Portanto, a defesa da titularidade do poder constituinte na contemporaneidade exige uma abordagem que combine teoria constitucional, vigilância democrática e crítica tecnológica. Somente assim será possível garantir que, mesmo em tempos de *big data*, a vontade que funda uma Constituição permaneça sendo, de fato, a vontade da nação — e não de seus algoritmos.

REFERÊNCIAS

- FACHIN, Zulmar. TEORIA GERAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL. - Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CONSTITUCIONAL: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.
- LEAL, V. N. (1946). Poder Constituinte. Revista De Direito Administrativo, 3, 475–492. Disponível em <<https://doi.org/10.12660/rda.v3.1946.9265>>. Acesso em 18 jun. 2025.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 17. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022. (Série IDP - Linha Doutrina)
- MOROZOV, Evgeny. BIG TECH: A ASCENSÃO DOS DADOS E A MORTE DA POLÍTICA. Traduzido por Claudio Marcondes. - São Paulo: Ubu Editora, 2018.
- O'NEIL, Cathy. ALGORITMOS DE DESTRUIÇÃO EM MASSA: COMO O BIG DATA AUMENTA A DESIGUALDADE E AMEAÇA A DEMOCRACIA. Tradução Rafael Abraham. 1. ed. Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. DIREITO CONSTITUCIONAL. 1. ed. São Paulo : Editora Verbatim, 2010.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A CONSTITUIÇÃO BURGUESA: *qu'est-ce que le Tiers État*, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

A FINALIDADE DA DECISÃO DO STF NO CASO DA PLATAFORMA X: ESTUDO DE CASO SOBRE RESPONSABILIZAÇÃO DIGITAL E O DIREITO À INFORMAÇÃO

Andressa Drege GARCIA¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO

Em um cenário marcado pela crescente influência das plataformas digitais e pelo uso intensivo de algoritmos de inteligência artificial, o controle ou estabelecimento de limites para a disseminação de informações, conteúdos e opiniões, merece uma apreciação dentro dos direitos fundamentais de informação, comunicação e liberdade de expressão. Devido ao uso expressivo e variado da internet, essas questões se tornaram centrais no debate jurídico contemporâneo. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no confronto com a empresa X Corp., responsável pela Plataforma X, levanta discussões sobre as medidas judiciais adotadas no combate à desinformação. Assim, tem-se como propósito investigar se a decisão do STF cumpriu sua finalidade jurídica no que se refere à responsabilização por violações aos direitos de informação, comunicação e a liberdade de expressão. A metodologia adotada será o estudo de caso, complementado por revisão bibliográfica e abordagem qualitativa. Busca-se apresentar dentro de um conteúdo recortado e pré-determinado o conceito de finalidade e que segundo a doutrina, aborda um conflito de direitos. Buscou-se descrever o conteúdo e o contexto jurídico-social da decisão analisada e utilizar fontes atuais para avaliar se a medida tem contribuído para a concretização dos objetivos propostos dentro da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilização digital. Desinformação. Decisão judicial (STF).

ABSTRACT

In a context marked by the growing influence of digital platforms and the intensive use of artificial intelligence algorithms, the control or establishment of limits for the dissemination of information, content, and opinions deserves consideration within the scope of the fundamental rights to information, communication, and freedom of expression. Due to the expressive and varied use of the internet, these issues have become central in contemporary legal debates. The recent decision by the Brazilian Federal Supreme Court (STF) in its confrontation with the company X Corp., responsible for the X Platform, raises discussions about the judicial measures adopted in the fight against disinformation. Thus, this study aims to investigate whether the STF's decision fulfilled its legal purpose regarding accountability for violations of the rights to information, communication, and freedom of expression. The adopted methodology is a case study, complemented by a bibliographic review and a qualitative approach. The goal is to present, within a delimited and pre-defined scope, the concept of purpose, which according to legal doctrine, involves a conflict of rights. The analysis describes the content and socio-legal context of the decision and uses current sources to assess whether the measure has contributed to achieving the proposed objectives within

-
- 1 Discente do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações para incentivo à pesquisa no Brasil. E-mail: andressadregegarcia@gmail.com.
 - 2 Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado do PPGG da mesma instituição (ITE-Bauru). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro do Programa Nacional de Pós-Graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), fundação vinculada ao Ministério da Educação do Brasil, Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

democracy.

KEYWORDS: Digital accountability. Disinformation. Judicial decision (Brazilian Supreme Court).

1 INTRODUÇÃO

A compreensão sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no caso de confronto com a Plataforma ‘X’ e o exemplo de responsabilização legal de plataformas digitais tem se mostrado cada vez mais relevante no cenário atual, especialmente diante do avanço exponencial das tecnologias, o meio digital tornou-se central em vários campos, criando uma Sociedade de Informação. São muitas inovações e tecnologias, inclusive no processamento e disseminação de informações, comunicação e a liberdade de expressão levantando desafios éticos e legais que afetam esses direitos relativos à manifestação do pensamento no confronto com os direitos da personalidade e o dever de verdade. Visto que plataformas digitais priorizam o engajamento em detrimento da verdade e da integridade das informações, favorecendo a ideia de total liberdade, sem censura prévia, há abusos de toda a ordem. Muitas vezes as publicações trazem a disseminação de desinformação visto que as empresas querem maximizar o lucro, por meio das interações dos usuários. Por vezes são cometidos crimes como calúnia, injúria e difamação.

Nesse contexto se revela não apenas a complexidade do fenômeno abordado da informação digital, mas também a urgência de se discutir suas implicações e desafios dentro dos limites constitucionais e também nos direitos humanos os previstos nos tratados internacionais. Nesse sentido, observa-se que a decisão do ministro Alexandre de Moraes do STF, tomada no contexto de uma investigação sobre a disseminação de informações falsas, suspendeu temporariamente a operação da plataforma X em território nacional. Essa medida evidencia a necessidade de um olhar mais crítico e aprofundado sobre a questão da desinformação propagada em plataformas digitais e suas implicações jurídicas, bem como a necessidade de leis. Uma decisão polêmica, que foi infinitamente mais ampla e alcançou todos os usuários.

A partir dessa realidade, surge a seguinte problemática: A decisão do STF no caso de confronto com a Plataforma X alcançou sua finalidade ou violou a liberdade de expressão e os direitos relativos à manifestação do pensamento? Entre as várias garantias em discussão estão os dispositivos constitucionais que estabelecem que é livre à manifestação do pensamento, sendo vedado apenas o anonimato. Essa indagação norteia o desenvolvimento deste trabalho e busca compreender, à luz da doutrina e da análise crítica das decisões judiciais, as possíveis respostas e desdobramentos envolvidos por violações ao direito a informação (informar positivo e negativo, se informar e ser informado), direitos de comunicação e a liberdade de expressão. Parte-se da hipótese

de que de acordo com conceitos doutrinários a decisão do STF não cumpriu a sua finalidade e violou a proibição de qualquer tipo de censura, o que pressupõe a existência de eventual lacuna doutrinária a respeito da responsabilização digital que será explorada ao longo da pesquisa. Além disso, a decisão alcançou pessoas difusamente, que nada tinham a ver com a temática discutida.

A escolha do tema desse estudo na chamada sociedade de informação se justifica pela sua atualidade e seu impacto na dignidade e qualidade de vida dos brasileiros, bem como o conflito entre as liberdades e os direitos protegidos como os da personalidade, além dos ataques com violações criminais. Os direitos relativos à manifestação do pensamento nas democracias são vitais para a fiscalização das atividades estatais, além do que formam a opinião pública que escolhe dois dos três chamados “poderes”, Legislativo e Executivo.

Tendo em vista que a priorização dos interesses comerciais, as empresas das redes sociais muitas vezes não parecem estar muito preocupadas com as violações cometidas pelos seus usuários. Por isso, em detrimento da liberdade de ser bem-informado, o que acontece é uma falta de limites que afetam bens tutelados pelo ordenamento jurídico, com violações aos direitos fundamentais e humanos. Os direitos de informação (informar positivo e sem censura, de se informar e de ser informado), comunicação e a liberdade de expressão, bem como suas garantias não são absolutos e precisam de alguns limites. Além disso, espera-se que os resultados da pesquisa contribuam para apontar soluções para que o meio digital seja mais ético, mas sem censura. Busca-se contribuir com estes estudos para futuros parâmetros da responsabilização de plataformas digitais e dessas empresas que usam as redes sociais.

Com isso, o objetivo geral deste artigo é entender se as implicações legais da decisão do STF cumpriram ou não sua finalidade, sendo desdobrado nos seguintes objetivos específicos: apresentar o conceito de finalidade de acordo com a doutrina para revelar sua importância, analisar a decisão em relação ao seu contexto social e jurídico para identificar sua finalidade, e por fim averiguar se a decisão cumpriu de fato sua finalidade e quais são as sugestões.

Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa qualitativa, e por meio de um estudo de caso, baseada em doutrina nacional e estrangeira, que tratam de questões sociais e jurídicas, nas também das decisões da 1ª turma do STF acerca da Plataforma X. O percurso metodológico adotado visa garantir a coerência entre os objetivos propostos e os meios de análise, assegurando a fundamentação teórica e a consistência dos resultados. Para sustentar a discussão, este estudo se apoia no referencial teórico de autores como Norberto Bobbio, Ricardo Maurício Freire Soares e Fernando Henrique de Oliveira Biolcati, cujas contribuições são fundamentais para a compreensão do conceito de finalidade da norma e das decisões do STF. A partir dessas bases, será possível desenvolver uma reflexão crítica e fundamentada sobre o tema, alinhada aos objetivos propostos.

2 O CONCEITO DE FINALIDADE NO MEIO JURÍDICO

O ordenamento jurídico se estrutura como um sistema que busca inicialmente o controle social, que por meio do estabelecimento de normas de conduta e sancionamento de comportamentos irregulares, visa assegurar a convivência na sociedade em ordem e pacificidade, tal fenômeno é denominado de função social do direito (Soares, 2024, p.363). Dentro desse contexto, o conceito de finalidade se mostra observável, dado que o direito se apresenta como um instrumento orientado à promoção da pacificação social (Sanctis Júnior, 2024, p.n.). Assim, o termo ‘finalidade’ no meio jurídico, pode ser compreendido como um direcionamento normativo com o fim de atender às demandas e fenômenos sociais.

Por outro lado, de acordo com Norberto Bobbio, a finalidade nas normas jurídicas, pode ser compreendida como proposições que se destacam pela função de condicionar o comportamento alheio para alterá-lo, ele as apelida de *comandos* (Bobbio, 2003, p.75). Outrossim, percebe-se que a distinção entre a forma gramatical e a função da norma jurídica, nem todo comando necessita de ser imperativo, muitas normas jurídicas estão redigidas na forma declarativa, porém em sua interpretação e prática, funcionam como comandos pois possuem força normativa, ou seja, para orientar o comportamento alheio (Bobbio, 2003, p.75-77). Logo, a análise da finalidade no direito não pode limitar-se apenas à forma gramatical das normas, sendo igualmente essencial considerar seu caráter de função comunicativa.

Entre todos os tipos de proposições, nos interessam de modo particular os *comandos*, ou seja, aquelas proposições cuja função é, como veremos melhor em seguida, influir sobre o comportamento alheio para modificá-lo, e que por ora chamaremos genericamente de "comandos", ainda que seja necessário introduzir distinções ulteriores [...] Certamente, a forma mais comum é a imperativa: "Estude!" (Não se afirma, com isso, que a forma imperativa corresponda sempre ao modo verbal imperativo, há outras formas gramaticais imperativas, como aquela constituída pelo verbo auxiliar "dever": "Você deve estudar") Mas um comando é às vezes expresso na forma declarativa, como ocorre na maioria dos artigos de lei que, mesmo tendo uma indubitável função imperativa, são quase sempre expressos na forma declarativa (Bobbio, 2003, p.75-76).

Nesse sentido, é possível afirmar que a finalidade no dispositivo normativo exerce um papel fundamental no caso dos direitos relativos à manifestação do pensamento e os direitos da personalidade, pois orienta a interpretação e a aplicação das normas jurídicas de maneira alinhada aos objetivos do ordenamento, quando se tratando de sua função social, voltados a demandas sociais. Portanto, ao considerar a finalidade, deve-se ultrapassar a dimensão meramente literal e gramatical da norma, compreendendo seu sentido à luz das necessidades sociais e dos princípios que estruturam o sistema jurídico.

2.1 Finalidade e Efeitos das Decisões do Supremo

Ao se tratar do Supremo Tribunal Federal (STF), a análise da finalidade ganha ainda mais relevância, considerando que esse órgão possui a atribuição da guarda da Constituição da República Federal de acordo com o seu próprio artigo 102 (Brasil, 1988). O controle concentrado de constitucionalidade está previsto na Constituição em seu artigo art. 102, inciso I, como uma função típica do STF, ou seja, ele é órgão responsável por dizer, em última instância, se uma lei ou ato é compatível com a Constituição (Barroso, 2023, p.96). Isso ocorre tanto nas ações diretas (ADIn, ADC, ADPF) quanto no recurso extraordinário, quando uma instância inferior decide algo que contraria a Constituição (Barroso, 2023, p.96).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) prolatadas pela Corte Suprema têm efeito erga omnes, ou seja, contra todos e vinculante para todos os órgãos do Judiciário e do Executivo, inclusive para as partes envolvidas no processo (Mendes; Branco, 2025, p 408). Sendo a Ação Declaratória de Constitucionalidade no caso de decisão por maioria absoluta dos 11 membros do STF tem efeito também contra todos denominado “erga omnes” e retroativo (*ex-tunc*), também vinculante ao Judiciário e Executivo, efeito que não alcança o Legislativo (Mendes; Branco, 2025, p 408). Finalizando o controle concentrado, que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a última das três ações de controle concentrado criada pelo ordenamento, tem suas decisões definitivas de mérito uma eficácia contra todos e efeito vinculante no âmbito dos demais órgãos do Poder Público (Mendes; Branco, 2025, p 408).

Entretanto, a função de guarda do STF não se limita as suas atividades de natureza jurisdicional, aplicando leis e a Constituição aos casos concretos, a função do STF vai além de apenas aplicar a Constituição, ele também é responsável por definir os entendimentos sobre o seu significado (Barroso, 2023, p.96). Todavia, as interpretações feitas pela maioria do colegiado supremo recebe crítica da doutrina por entendimentos que não encontram seu fundamento de validade na Constituição Neta; Camargo, 2018, p. 105-107, 109-110). Há até situações pontuais, em que o STF acaba exercendo uma função política, no sentido institucional, quando ele é chamado para decidir sobre temas que envolvem princípios constitucionais (Fagundes, 1978, p.2).

Com relação ao Supremo Tribunal, o exercício de função política não se dá na rotina das suas atividades, senão quando chamado ele, na aplicação da Constituição da República, a manifestar-se sobre a validade de leis e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares, como os que dizem com a significação do regime federativo, com a independência e harmonia dos poderes do Estado, com a definição e a proteção dos direitos individuais (ou, em expressão mais abrangedora, dos direitos públicos subjetivos do indivíduo), com as conceituações da segurança nacional e da ordem econômica etc. Ao manifestar-se em qualquer dessas matérias, como árbitro do que é a Constituição, o seu desempenho é político. Porque a Lei Maior será aquilo, no conteúdo e na extensão, que os seus arestos declararem que é (Fagundes, 1978, p.2).

Destacam Diva Alves Costa Neta e Laís Alves Camargo que a forma como o STF tem assumido um papel de autoridade absoluta na interpretação da Constituição pode e deve ser

questionado, principalmente quando este ultrapassa limites constitucionais, mas também “gramaticais e a intenção do legislador, moldando o sentido da norma conforme lhe convém, desconsiderando interpretações de outras instâncias e criando súmulas vinculantes que limitam a atuação dos tribunais inferiores, reduzindo-os a aplicadores de decisões do STF” (Neta; Camargo, 2018, p. 105-107, 109-110). Portanto, a atuação do STF deve estar alinhada a sua função de interpretante, com fundamentação clara e rigorosa das decisões, com base em critérios linguísticos e argumentativos consistentes, para evitar questionamentos sobre excessos de autoridade e sobre os limites de sua interpretação (Neta; Camargo, 2018, p. 115-116).

Desse modo, a finalidade das decisões da Suprema Corte se manifesta por meio de sua atuação enquanto ‘guardião da Constituição’, especialmente quando é chamada a se posicionar sobre temas que envolvem princípios constitucionais basilares, como a proteção dos direitos individuais, a independência e harmonia entre os Poderes e a definição da ordem jurídica. No entanto, algumas decisões podem e devem ser questionadas à luz da própria Magna Carta de 1988, principalmente, quando o Supremo Tribunal Federal abandona sua função de interpretante e assume a posição de *auctoritas*, fixando sentidos normativos de maneira desvinculada de técnicas hermenêuticas de interpretação do texto e da intenção do legislador, acaba por afastar-se da sua função jurídica e passa a adotar uma postura de superioridade sobre os demais chamados “poderes” da República.

2.1.1 A Importância da Finalidade das Decisões do STF

A compreensão da finalidade das decisões do STF é de extrema importância, pois permite perceber que tais decisões impactam diretamente a conformação da ordem constitucional, a organização do sistema de justiça, a relação entre os entes federativos e a unidade da jurisprudência nacional (Silveira, 2014, p. 117). Desde a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer um papel ampliado, atuando não apenas como corte recursal de cassação, mas sobretudo como tribunal constitucional, guardião da Constituição e árbitro em conflitos entre os Poderes e entre entes políticos nacionais e estrangeiros, portanto, suas decisões são fundamentais para o desenho institucional do país e para a manutenção do pacto federativo (Silveira, 2014, p. 117).

Quando o STF orienta suas decisões em consonância com sua finalidade constitucional, ele contribui para a consolidação de sua função como corte constitucional, a racionalização do acesso à justiça, a segurança das relações jurídicas e a preservação do equilíbrio institucional entre os Poderes (Silveira, 2014, p. 117). A Constituição lhe atribuiu expressamente a competência para processar e julgar, originariamente, ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental, cujos efeitos

vinculantes reforçam sua autoridade e garantem uniformidade na aplicação do texto constitucional (Silveira, 2014, p. 117). Além disso, o STF é responsável por organizar e administrar sua própria jurisprudência, de modo a constituir um núcleo sólido de decisões, conforme destacado pelo próprio legislador constituinte e reforçado pelas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99 (Silveira, 2014, p. 119).

Por outro lado, se essas decisões se distanciam da finalidade constitucional, podem gerar consequências como o esvaziamento das competências dos demais tribunais, a sobrecarga de processos, a insegurança quanto à aplicação da Constituição e a deslegitimação da própria atuação do Supremo como intérprete da Carta Magna (Silveira, 2014, p. 120). Como aponta o texto, a autogestão da jurisprudência da Corte, quando feita ao sabor das conveniências temporais, pode provocar movimentos de expansão ou retração artificial da atuação do Tribunal, criando tensões que afetam a previsibilidade do Direito (Silveira, 2014, p. 120). Soma-se a isso o risco de que o STF, assumindo competências que extrapolam seu papel típico, se torne um tribunal excessivamente centralizador, deslocando o equilíbrio institucional pretendido pelo constituinte de 1988 (Silveira, 2014, p. 120).

Um exemplo recente é a decisão em que STF que declarou parcialmente inconstitucional o artigo 19 do Marco Civil da Internet, que tratava da responsabilidade das plataformas digitais por conteúdos publicados por usuários (Brasil, 2025c). A decisão, tomada por 8 votos a 3, estabelece que as plataformas podem ser responsabilizadas por conteúdos considerados "manifestamente ilícitos" mesmo sem ordem judicial, desde que notificadas e não removam o conteúdo (Brasil, 2025c). Paralelamente, o presidente, ministro Luís Roberto Barroso, destacou o esforço do colegiado na formulação da tese de repercussão geral para ofertar proteção suficiente aos direitos fundamentais, o que resultou na revogação parcial do dispositivo na apreciação Recurso Extraordinário (RE) 1037396 (Tema 987 da repercussão geral), relatado pelo ministro Dias Toffoli, e no RE 1057258 (Temas 533), relatado pelo ministro Luiz Fux (Brasil, 2025c).

Portanto, torna-se evidente que compreender e aplicar a finalidade das decisões do STF é essencial para preservar o modelo institucional adotado pela Constituição de 1988, garantindo que o Supremo atue dentro dos limites que lhe foram democraticamente atribuídos, exercendo suas funções como corte constitucional, revisora e especializada, sem comprometer a harmonia entre os Poderes nem a autonomia dos demais tribunais.

3 A SUSPENSÃO DA PLATAFORMA X PELO STF

Em setembro do ano de 2024, o Supremo Tribunal Federal julgou a Petição nº 12.404, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, na qual se discutia principalmente sobre a divulgação de discurso de ódio, propagação de desinformação em massa na plataforma X, a ausência de um

representante legal em território nacional e o descumprimento de ordens judiciais (Brasil, 2024b, p. 1-3). A decisão foi referendada pela Primeira Turma do STF em 03/09/2024, e tratou da suspensão completa e integral do funcionamento da X BRASIL INTERNET LTDA no Brasil, em razão de desobediência contínua às ordens judiciais levando ao esgotamento de mecanismos internos cabendo, portanto, a medida mais gravosa (Brasil, 2024b, p. 2).

O fundamento jurídico principal apontado pelo relator foi a limitação constitucional do direito de liberdade de expressão em razão de conflito com outros direitos e interesses coletivos, como por exemplo o direito à informação, pois direitos fundamentais não são absolutos, e ressaltou que a liberdade de expressão não pode ser utilizada para defender a promoção de desinformação antidemocrática e desrespeitar aos comandos emitidos pelo Poder Judiciário, não obstante, fez uso de demais bases em dispositivos legais, como os artigos 1º, 2º e 3º da Constituição Federal de 1988, os artigos 1.137º e 1.138º do Código Civil, o artigo 11º §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e aplicou a Lei 12.965/2014 conhecida como Marco Civil da Internet (Brasil, 2024b, p. 1-3).

Antes do referendo da Petição 12.404, em meio à escalada de tensões entre o Supremo Tribunal Federal e a plataforma X em agosto de 2024, o ministro Alexandre de Moraes havia adotado uma medida inusitada, utilizou o próprio perfil oficial do STF na rede social para intimar diretamente Elon Musk (Migalhas, 2024). A ordem determinava que, no prazo de 24 horas, fosse indicado um representante legal da empresa no Brasil, sob pena de suspensão imediata da plataforma, além da exigência do pagamento das multas diárias acumuladas (Migalhas, 2024). A decisão foi motivada pela reiterada recusa da empresa em cumprir determinações judiciais, como a desativação de perfis de investigados, entre eles o do senador Marcos do Val.

Como consequência, Moraes elevou o valor da multa diária de R\$ 50 mil para R\$ 200 mil, reforçando o caráter coercitivo da medida (Migalhas, 2024). Além disso, o ministro alertou que o descumprimento poderia configurar crime de desobediência, agravando a situação jurídica da plataforma no país (Migalhas, 2024). Em reação à determinação, no dia seguinte, Elon Musk anunciou o fechamento do escritório do X no Brasil, alegando que a medida foi motivada por ameaças de prisão e novas penalidades impostas pelas autoridades brasileiras (Migalhas, 2024). Poucos meses depois, as medidas seriam referendadas formalmente na Petição 12.404 pelo Plenário do Supremo, que suspendeu oficialmente a plataforma em território nacional.

A decisão de acórdão também estabeleceu além da suspensão imediata e do cumprimento das ordens anteriores, como multas e o estabelecimento de um representante legal em território nacional, ressalvas a multa diária para pessoas que fizessem uso de artifícios tecnológicos para dar continuidade ao uso da plataforma X, ressaltando que a decisão referendada não afete pessoas não

envolvidas no processo e que não possuem a intenção de fraudar a decisão ou de manifestar discurso de ódio e incitação aos crimes em geral (Brasil, 2024b, p. 3-5). Contudo, a decisão do STF em suspender a atuação da plataforma X no Brasil não se deu de maneira isolada, mas está inserida em um cenário mais amplo que envolve tensões jurídicas, sociais e institucionais.

3.1 O Contexto Jurídico E Social Por Trás da Decisão

A controvérsia entre a plataforma 'X' e seu proprietário Elon Musk com o Supremo Tribunal Federal e o Ministro Alexandre de Moraes ocorre no contexto de intensas transformações nas relações entre o direito e as tecnologias digitais, especialmente no que se refere ao avanço exponencial das tecnologias, que se tornou central em vários campos, inclusive no processamento e disseminação de informações (Biolcati, 2022, p. 28-40, p. 159-160). Tal cenário pode ser observado em empresas comerciais que operam com a ajuda de IA, particularmente por meio de algoritmos de recomendação, e desse modo, distorcem o fluxo de informações disponíveis ao público (Prado, 2022, p.50).

Nos dias atuais, a tecnologia evoluiu para além da simples automação de processos, transformando-se em uma força essencial para moldar o comportamento humano e as interações sociais (Zuboff, 2020, p. 26). No entanto, conforme descrito no conceito de "capitalismo de vigilância" na obra de Shoshana Zuboff, essa evolução tecnológica tem sido direcionada por interesses econômicos que reivindicam a experiência humana como matéria-prima gratuita (Zuboff, 2020, p. 25-26). Movidas pela motivação financeira, empresas comerciais fazem uso de propaganda dirigida com base em dados pessoais coletados de forma indevida para criar perfis comportamentais e psicológicos dos indivíduos, que são então utilizados para influenciar suas decisões, ao expor pessoas repetidamente a informações personalizadas que reforçam certos pontos de vista (Biolcati, 2022, p. 153-159).

Porém, se os dados usados para treinar esses algoritmos contêm desinformação ou outros conteúdos problemáticos como discurso de ódio e incitação ao crime, os resultados gerados também refletirão esse viés, isso pode levar a uma representação distorcida de grupos sociais, temas políticos, eventos, ou até mesmo resultar em *fake news*, impactando a forma como a informação é percebida e consumida (Prado, 2022, p. 45-50). De acordo com Fernando Henrique de Oliveira Biolcati, em casos de infrações a direitos fundamentais em redes sociais, a responsabilidade não é apenas ética, mas também legal, aplicável na medida que as legislações evoluem para proteger os indivíduos em um ambiente digital cada vez mais complexo, por meio de mecanismos prévios de regulamentação adequada (Biolcati, 2022, p. 195).

No plano jurídico, destacam-se normas como o Marco Civil da Internet (2014) e o Projeto

de Lei nº 2630/2020, que “propõe maior responsabilidade às plataformas, exigindo que implementem mecanismos para detectar e moderar a desinformação” (Jesus; Silva, 2024, p.8). Além disso, a jurisprudência recente do STF e de outros tribunais tem enfrentado o desafio de equilibrar o direito de liberdade de expressão com o dever de responsabilização das plataformas (Jesus; Silva, 2024, p.9) (Mozetic; Moraes; Festugatto, 2021, p.338). Sendo que Alexandre de Moraes, o Ministro encarregado das investigações sobre ofensivas contra as instituições democráticas, passou a enxergar esse novo contexto como um risco à estabilidade do regime institucional após um episódio de invasão do Congresso e do STF por extremistas, impulsionados por *fake news* nas redes sociais (Sousa, 2024, p.n).

A atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em períodos eleitorais exemplifica essa busca por equilíbrio: em 2018 e 2022, o TSE adotou medidas como a remoção de conteúdos falsos, monitoramento de redes sociais e parcerias com agências de checagem para garantir a veracidade das informações (Jesus; Silva, 2024, p.9).

No julgado referido, foram questionadas 222 publicações na internet, tendo sido deferida a exclusão, em medida liminar, de apenas uma, mediante a aplicação do art. 25, §2º, da Resolução TSE nº 23.551/2017,¹⁷ que associava falsamente o candidato Fernando Haddad ao planejamento de estratégia de desinformação contra seu adversário na disputa presidencial, tendo as demais sido entendidas como manifestações de crítica e opinião. Nesse sentido, o direito a se manifestar criticamente tem sido salvaguardado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decidiu o Ministro Celso de Mello (Mozetic; Moraes; Festugatto, 2021, p.338).

Sob outra perspectiva, partindo da percepção pública, o caso da plataforma ‘X’ revelou-se um cenário de ativismo jurídico, pois conforme aponta Ticiano Gadêlha, o problema não está na legalidade das decisões do STF, mas na maneira como são percebidas em um contexto de crescente desconfiança pública, pois ao restringir o acesso a um espaço digital amplamente reconhecido como vital para o debate público e a livre expressão, a medida foi percebida por muitos como um atentado ao direito de liberdade de comunicação e como expressão de um ativismo judicial crescente (Gadêlha, 2024, p.n.).

No entanto, apesar do cenário atual onde as plataformas digitais influenciam a sociedade em razão de sua atuação como os novos meios de informação e local de debate, e consequentemente, abrindo espaço também para novos territórios onde o crime pode alcançar, ao recorrer a medidas tão amplas e incisivas a fim de regulamentação, como o bloqueio da plataforma ‘X’, o Supremo assume o risco de comprometer ainda mais a percepção pública de sua imparcialidade e de acirrar o debate sobre os limites do poder judicial em uma democracia constitucional.

4 AS FINALIDADES DA DECISÃO DE SUSPENSÃO DA PLATAFORMA X

Por outro lado, é importante reconhecer que a decisão tinha o intuito de exigir cooperação

e acatamento da plataforma ‘X’ para com as decisões anteriores do STF como regulador de conteúdo digital. Isto fica evidente após a emissão de diversas ordens judiciais em 2023, exigindo a retirada de perfis de políticos e influenciadores que disseminavam desinformação e atacavam a Corte, tais ordens foram, em grande parte, ignoradas, respondidas com lentidão ou tratadas com ineficácia pela empresa (Sousa, 2024, p.n). Diante da reiterada resistência da plataforma, o referendo na Petição n. 12.404/DF, pode ser interpretado como uma tentativa de compelir a plataforma ‘X’ e seu proprietário a cumprir as decisões judiciais anteriores, que haviam sido reiteradamente tratadas com indiferença (Brasil, 2024b, p. 1-3).

A decisão analisada revela que, ao atuar em defesa da Constituição e do sistema jurídico nacional, o Supremo também busca resguardar direitos fundamentais como a liberdade de expressão ao impedir que esta seja usada para fins criminosos, o que demonstra como o STF tem lidado com questões complexas no cenário digital contemporâneo, em que o conflito entre liberdade de expressão e responsabilização digital exige uma atuação firme, mas proporcional, da Corte Constitucional. Tal entendimento pode ser observado no referendo da Petição n. 12.404/DF, em que o Ministro Alexandre de Moraes ressaltou que a liberdade de expressão não pode ser utilizada como escudo para a propagação de discursos ilícitos, reafirmando o dever do Judiciário de garantir o equilíbrio entre direitos fundamentais e a preservação da ordem constitucional (Brasil, 2024b, p. 1-2).

Pode-se concluir que, a finalidade da decisão não se restringe à aplicação de sanção, mas representa uma tentativa institucional de conter a propagação de desinformação e proteger a ordem democrática, impedir a instrumentalização das redes sociais para fins ilícitos, assegurar que decisões judiciais sejam respeitadas, resguardar direitos fundamentais e até mesmo fazer a plataforma agir de uma determinada forma, mostrando a relevância do STF no enfrentamento dos desafios do constitucionalismo digital.

4.1 Finalidade Normativa: Conformidade com as Decisões Judiciais

A finalidade normativa da decisão do STF refere-se à tentativa de assegurar o cumprimento das decisões judiciais anteriores proferidas no âmbito do referendo da Petição n. 12.404/DF, influir no comportamento da direção da plataforma a submeter-se ao poder judiciário brasileiro (Brasil, 2024b, p. 1-3). A plataforma X, sob a direção de Elon Musk, vinha demonstrando resistência ao cumprimento de ordens legais, inclusive com manifestações públicas em posts no ‘X’ que questionavam a legitimidade do sistema de Justiça brasileiro (G1, 2024).

Em resposta a essa resistência, para compelir o proprietário da plataforma, o empresário Elon Musk, a obedecer às determinações judiciais expedidas no âmbito dos inquéritos das milícias

digitais, houve um aumento das multas antes da medida mais agravada ser aplicada (Sousa, 2024, p.n). Observou-se que a plataforma publicou manifestações públicas de desacato, nas quais o próprio Musk classificou as ordens do ministro Alexandre de Moraes como “censura”, além de utilizar sua conta para veicular críticas e memes ofensivos ao magistrado, o que pode ser interpretado como um indicativo de desacato deliberado às ordens do Poder Judiciário (Sousa, 2024, p.n).

Após a determinação judicial que autorizava a suspensão da plataforma, observou-se que houve manutenção da postura anterior por parte do empresário, com reações imediatas de repúdio à decisão e alegações de suposta violação à liberdade de expressão (Sousa, 2024, p.n). Posteriormente, a plataforma adotou medidas formais, como a nomeação de representante legal no Brasil e o pagamento de multas, e assim, a plataforma pode retomar suas atividades em território nacional (Brasil, 2024c).

Por fim, pode-se afirmar que a finalidade normativa da decisão do Supremo Tribunal Federal foi, ao menos em parte, alcançada. A imposição de sanções progressivas e a determinação da suspensão da plataforma X atuaram como mecanismos de pressão, levando à posterior adequação da empresa às exigências legais brasileiras, com o pagamento de multas e a nomeação de representante legal no país. Ainda que tenha havido resistência inicial, o desfecho revela que o STF conseguiu influenciar o comportamento da plataforma e reafirmar a autoridade do Poder Judiciário, demonstrando a capacidade normativa de suas decisões.

4.2 Finalidade Constitucional: Responsabilização de Ilícitos e Limites à Liberdade de Expressão

Sob a perspectiva da finalidade constitucional, a medida buscou garantir que o direito fundamental à liberdade de expressão não fosse utilizado como pretexto para a prática de crimes, embora a medida tenha alcançado pessoas que não faziam parte e sequer tinham conhecimento do problema envolvendo a rede social. O STF tem reiteradamente afirmado que a liberdade de expressão, embora essencial ao Estado Democrático de Direito, encontra limites quando confrontada com outros direitos fundamentais, como a honra, a segurança e a ordem pública (Brasil, 2024a, p. 1-3). Nesse sentido, a decisão procurou impedir que a plataforma continuasse sendo um ambiente propício para a disseminação de discurso de ódio, *fake news* e incitação à violência (Brasil, 2024b, p. 1-3).

Conforme aponta Barroso, a Constituição de 1988 foi concebida como uma reação ao período autoritário da ditadura militar, caracterizado, entre outros aspectos, pela censura sistemática à liberdade de expressão, e devido esse histórico de repressão, o novo texto constitucional conferiu

tratamento minucioso e reforçado à proteção dessa liberdade, distribuindo suas garantias em diversos dispositivos legais devido sua importância para a dignidade humana e a democracia (Barroso, 2025, p. 441). Ainda assim, a liberdade de expressão não é absoluta, há limites como a vedação ao anonimato, a previsão de responsabilização civil e penal nos casos de abuso, e de forma excepcional, restrições prévias por decisão judicial (Barroso, 2025, p. 442-443).

Nesse contexto, a atuação do STF visou coibir a difusão de conteúdos como *fake news*, incitação ao crime e discursos antidemocráticos, que, como relatado no inquérito n. 4874/DF, o uso criminoso das plataformas não é um fato isolado, outros diversos inquéritos, como os das milícias digitais (INQ 4874), das *fake news* (INQ 4781) e dos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023 (INQ 4920 a 4923), investigam o uso criminoso dessas redes para incitar, financiar e organizar condutas ilícitas que atentam contra o Estado Democrático de Direito (Brasil, 2024a, p. 3).

Todas as diligências realizadas na PET 12100 reforçaram as provas iniciais que, sempre, indicaram a conexão entre os INQs 4781 e 4.874, conhecidos pela mídia como “inquérito das fake news” e “inquérito das milícias digitais” e as novas investigações realizadas a partir da instauração dos inquéritos relacionados ao dia 8 de janeiro de 2023, em especial os INQs 4923, 4933 e a PET 12100 (Brasil, 2024a, p. 3).

Não obstante, no inquérito n. 4874/DF fica explícito que, redes sociais não são territórios livres da lei e que seus provedores devem respeito à Constituição, à legislação brasileira e à jurisdição nacional, sendo o descumprimento dessas normas, sobretudo quando há instrumentalização criminosa das plataformas, como no incentivo a crimes, disseminação de *fake news*, ataques à democracia e ao Poder Judiciário, acarretam responsabilidades civis e penais, inclusive para os administradores (Brasil, 2024a, p. 2).

Desde 2024, diversas instituições públicas têm adotado medidas concretas para enfrentar a desinformação, o discurso de ódio e ataques à democracia nas plataformas digitais. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) inaugurou o Centro Integrado de Enfrentamento à Desinformação e Defesa da Democracia (CIEDDE), reunindo órgãos como o Ministério Público, a Anatel, a OAB e agências de verificação de fatos para atuação coordenada no ambiente digital (Brasil, 2024d). Ainda no TSE, ministros defenderam o uso de inteligência artificial para identificar e conter a propagação de *fake news*, inclusive as geradas por IA, com o compromisso de responsabilizar seus autores, independentemente do uso de tecnologias automatizadas (Brasil, 2024e) (Brasil, 2025a).

No plano legislativo, a Câmara dos Deputados apresentou o PL 4144/2024, que propõe a responsabilização de plataformas pela veiculação de conteúdos falsos e desinformativos, especialmente quando não houver a devida moderação (Brasil, 2025b). Nesse contexto mais amplo, a decisão do STF que suspendeu temporariamente o ‘X’ não pode ser analisada de forma isolada, pois embora sozinha não seja suficiente para resolver os desafios da moderação de conteúdo e

responsabilização digital, essa medida ganha força simbólica e jurídica ao lado de outros movimentos institucionais para lidar com futuras ações que envolvam o descumprimento reiterado da legislação nacional por plataformas digitais.

5 CONCLUSÃO

Dessa forma, observou-se que o conceito de finalidade, no campo jurídico, ultrapassa a dimensão meramente textual das normas, assumindo um papel central na interpretação e aplicação do direito relativos à manifestação em conformidade com os valores constitucionais, direitos da personalidade e não cometimento de crimes. As decisões do Supremo Tribunal Federal, ao exercer sua função de guardião da Constituição, carregam consigo o dever de promover a ordem democrática e assegurar a eficácia das normas fundamentais. No entanto, esse papel exige cautela, principalmente quando a Corte adota uma postura que se afasta de métodos interpretativos democráticos que são rigorosos e da intenção do legislador constituinte, pois se corre o risco de comprometer alguns dos pilares da democracia brasileira.

Além disso, a julgar sem um respaldo da doutrina, a interpretação constitucional perde a sua legitimidade institucional e gera tensões entre os Poderes e com a sociedade civil que inclusive faz críticas. A análise da medida de suspensão da plataforma X revelou um contexto marcado pela resistência da empresa em cumprir ordens judiciais e pela ausência de mecanismos competentes para uma responsabilização digital adequada. Em consequência disso, a atuação do STF nesse cenário, representou uma tentativa de garantir o respeito à jurisdição brasileira e reafirmar sua autoridade institucional.

Embora essa medida tenha sido amparada por fundamentos constitucionais e legais, ela também gerou forte repercussão social e crítica pública, sendo percebida por parte da sociedade como um possível abuso de poder, em especial aos usuários da rede que ficaram impedidos dos seus direitos de postar sem restrição, positivo de informar e ainda o de buscar informações. Essa percepção evidencia os desafios enfrentados pelo Judiciário constitucional ao lidar com corporações transnacionais no ambiente digital, onde as fronteiras jurídicas se tornam mais frágeis e difusas.

Do ponto de vista normativo e constitucional, verificou-se que a decisão do STF buscou tanto pressionar a plataforma ao cumprimento das ordens judiciais quanto coibir o uso criminoso das redes sociais. Ainda que inicialmente tenha havido resistência por parte da empresa, a medida acabou produzindo efeitos concretos, como a nomeação de representante legal e o pagamento de multas. No campo constitucional, a decisão evidenciou a necessidade de limitar a liberdade de expressão quando ela for instrumentalizada para propagar discursos de ódio, *fake news* ou incitação ao crime. A atuação do STF, nesse contexto, demonstrou a busca por um equilíbrio entre proteção

de direitos fundamentais e preservação da ordem democrática, embora continue a suscitar questionamentos sobre os limites do poder judicial.

Diante das análises apresentadas, conclui-se que a medida adotada pelo STF cumpriu parcialmente sua finalidade, embora seja passível de crítica pelo alcance. Do ponto de vista normativo, foi idôneo para induzir a plataforma 'X' a se adequar às exigências legais brasileiras. Entretanto, sob o aspecto constitucional, embora tenha buscado impedir a uma possível prática de crimes, evitar novas violações e ainda proteger a democracia, gerou controvérsias doutrinárias sobre os limites do poder judiciário. Fica patente que a ausência de um marco regulatório específico para o ambiente digital é um problema dessa chamada Sociedade de Informação.

A decisão de suspensão da plataforma X, se analisada isoladamente, não possui força suficiente para transformar estruturalmente o cenário da responsabilização digital, mas abre espaço para a interpretação que o STF pode suspender uma plataforma em todo o território nacional. Por outro lado, quando considerada em conjunto com outros movimentos institucionais voltados ao enfrentamento de crimes nas redes sociais, como iniciativas legislativas e ações de órgãos como o TSE, ela adquire valor simbólico e normativo em casos futuros. Assim, embora represente um avanço no combate à desinformação, a decisão também revela a urgência de uma regulação democrática que assegure a responsabilização das plataformas sem comprometer os direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. *E-book*. ISBN 9786553624788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624788/>. Acesso em: 22 jun. 2025.

Curso De Direito Constitucional Contemporâneo - 13ª Edição 2025. 13. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. *E-book*. ISBN 9788553626861. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553626861/>. Acesso em: 24 jun. 2025.

BIOLCATI, Fernando Henrique De Oliveira **Internet, Fake News e Responsabilidade Civil das Redes Sociais. (Coleção Direito Civil Avançado)**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022. *E-book*. p.Capa. ISBN 9786556276410. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556276410/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2003. ISBN 85-7283-327-7.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão no Inquérito n. 4.874/DF**. Relator: Ministro

Alexandre de Moraes. Requerente: Ministério Público Federal. Julgado em: 9 abr. 2024. Publicado em: 10 abr. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365901151&ext=.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Petição n. 12.404/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em: 3 set. 2024. Publicado em: 4 set. 2024. Primeira Turma. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=779844209>. Acesso em: 14 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF autoriza o retorno imediato do X e determina que Anatel adote providências para a retomada do serviço**. Brasília: Notícias STF, 8 out. 2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-autoriza-o-retorno-imediato-do-x-e-determina-que-anatel-adote-providencias-para-a-retomada-do-servico/>. Acesso em: 22 jun. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. **TSE inaugura Centro Integrado de Combate à Desinformação**. Fortaleza, 4 mar. 2024. Disponível em: <https://www.tre-ce.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Marco/tse-inaugura-centro-integrado-de-combate-a-desinformacao>. Acesso em: 24 jun. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. **Justiça Eleitoral responsabilizará autores de notícias falsas com ou sem uso de IA nas eleições, diz presidente do TSE**. Recife, 11 abr. 2024. Disponível em: <https://www.tre-pe.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Abril/justica-eleitoral-responsabilizara-autores-de-noticias-falsas-com-ou-sem-uso-de-ia-nas-eleicoes-diz-presidente-do-tse-1>. Acesso em: 24 jun. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. **Ministro do TSE defende uso da inteligência artificial para frear fake news nas eleições**. São Paulo: TRE-SP, 5 abr. 2025. Disponível em: <https://www.tre-sp.jus.br/comunicacao/noticias/2025/Abril/ministro-do-tse-defende-uso-da-inteligencia-artificial-para-frear-fake-news-nas-eleicoes>. Acesso em: 24 jun. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto responsabiliza provedores de plataformas digitais por conteúdo falso e desinformação**. Brasília, 27 fev. 2025. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1131404-projeto-responsabiliza-provedores-de-plataformas-digitais-por-conteudo-falso-e-desinformacao>. Acesso em: 24 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informações à sociedade: julgamento sobre a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet**. Relator(es): Ministro Dias Toffoli (RE 1.037.396), Ministro Luiz Fux (RE 1.057.258). Brasília: STF, Julgado em: 26 jun. 2025. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Informac807a7710a768SociedadeArt19MCI_vRev.pdf. Acesso em: 8 jul. 2025.

FAGUNDES, M. Seabra. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 134, p. 1–10, 1978. DOI: 10.12660/rda.v134.1978.42824. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/42824>. Acesso em: 11 jun. 2025.

G1. **Ameaças de Elon Musk de descumprir decisões judiciais brasileiras provocam novas reações**. Jornal Nacional, 08 abr. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2024/04/08/ameacas-de-elon-musk-de-descumprir->

deciso-es-judiciais-brasileiras-provocam-novas-reacoes.ghml. Acesso em: 23 jun. 2025.

GADÊLHA, Ticiano. **O bloqueio do X e a crise de confiança no STF**. *CNN Brasil*, São Paulo, 9 set. 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/forum-opinioao/o-bloqueio-do-x-e-a-crise-de-confianca-no-stf/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

JESUS, Welder Bezerra de; SILVA, Jefferson Franco. **Liberdade de expressão e o fenômeno das “Fake News” no direito brasileiro**. *Revista JRG de Estudos Acadêmicos*, Brasil, São Paulo, v. 7, n. 15, p. e151729, 2024. DOI: 10.55892/jrg.v7i15.1729. Disponível em: <https://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/1729>. Acesso em: 20 jun. 2025.

SANCTIS JÚNIOR, Rubens José Kirk de. **A colisão entre a função social do direito e a liberdade de expressão na era digital: um convite à proporcionalidade**. *Revista Jurídica*, Anápolis, v. 24, n. 1, p. 113-138, 10 out. 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.37951/2236-5788.2024v24i1.p113-138>. Acesso em: 10 jun. 2025.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Série Idp - Curso de Direito Constitucional - 20ª Edição 2025**. 20. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. *E-book*. p.1105. ISBN 9788553627233. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553627233/>. Acesso em: 22 jun. 2025.

MIGALHAS. **A mando de Moraes, STF intima Elon Musk em post no X**. Migalhas, São Paulo, 28 ago. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/414163/a-mando-de-moraes-stf-intima-elon-musk-em-post-no-x>. Acesso em: 18 jun. 2025.

MOZETIC, Vinicius Almada; MORAIS, José Luis Bolzan de; FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO NA ERA DIGITAL: O fenômeno das fake news e o “marketplace of ideas”, de Oliver Holmes Jr**. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [S. l.], v. 14, n. 43, p. 331–356, 2021. DOI: 10.30899/dfj.v14i43.869. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/869>. Acesso em: 20 jun. 2025.

NETA, Diva Alves Costa; CAMARGOS, Laís Alves. **Supremo Tribunal Federal e sua função interpretativa: o papel do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva da Teoria do Interpretante**. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 102–117, jul./dez. 2018. ISSN 2526-0103. Disponível em: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0103/2018.v4i2.4859>. Acesso em: 13 jun. 2025.

PRADO, Magaly. **Fake News e Inteligência Artificial: O poder dos algoritmos na guerra da desinformação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022. *E-book*. p.1. ISBN 9788562938917. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788562938917/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **O PODER CONTRAMAJORITÁRIO DO STF - 1ª Edição 2014**. Rio de Janeiro: Atlas, 2013. *E-book*. ISBN 9788522485451. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788522485451/>. Acesso em: 13 jun. 2025.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria Geral do Direito - 6ª Edição 2024**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. ISBN 9788553623464. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553623464/>. Acesso em: 10 jun. 2025.

SOUSA, Pamela. **De outubro a outubro: o confronto entre X e STF**. IT Forum, 09 out. 2024. Disponível em: <https://itforum.com.br/noticias/de-outubro-a-outubro-confronto-x-e-stf/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca Ltda, 2020. ISBN 978-65-5560-144-2. Disponível em: <https://intrinseca.com.br/upload/livros/1%C2%BACap-AEraDoCapitalismoDeVigilancia.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2025.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E AS CÂMARAS MUNICIPAIS

Luiz Henrique Néia Giavina BIANCHI

RESUMO

Os dados pessoais têm assumido cada vez mais o protagonismo na civilização moderna, impulsionando a economia, e são considerados por muitos o novo petróleo. Entretanto, o seu uso desmedido tende a ofender os direitos individuais dos cidadãos como a honra, intimidade e vida privada. O abuso no uso dos dados pessoais gera ainda mais desigualdade social, ofendendo, inclusive, a livre iniciativa, outro valor fundamental. Nesse contexto nasce a Lei Geral de Proteção de Dados, mas para se chegar a tal estágio, muita luta foi travada. Atualmente a proteção dos dados pessoais está no rol de direitos fundamentais do Artigo 5.º da Constituição Federal e temos uma Lei de Proteção de Dados Pessoais dentre as melhores do mundo, nada deixando a desejar se compararmos com a legislação europeia. O Estado Brasileiro, seja ele no âmbito federal, distrital, estadual ou municipal, trata dados para satisfazer os demais direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Para tanto, deve respeitar o cidadão, no que diz respeito a sua vida privada, submetendo-se, assim, à LGPD. Para tanto, deve incutir no seu seio a cultura de proteção dos dados, mapeá-los, planejar os riscos inerentes ao tratamento dos dados, elaborar uma política de privacidade e treinar seus servidores para de fato tirar do papel legislação tão moderna, cujo objeto é de tão grande importância.

PALAVRAS-CHAVE: LGPD; Dados Pessoais; Privacidade; Mudança Cultural; Treinamento.

ABSTRACT

Personal data has increasingly taken on a leading role in modern civilization, boosting the economy and is considered by many to be the new oil. However, its excessive use tends to offend citizens' individual rights such as honor, intimacy and private life. Abuse in the use of personal data generates even greater social inequality, even offending free enterprise, another fundamental value. In this context, the General Data Protection Law was born, but to reach this stage, a lot of struggle was fought. Currently, the protection of personal data is on the list of fundamental rights in Article 5 of the Federal Constitution and we have a Personal Data Protection Law that is among the best in the world, leaving nothing to be desired when compared with European legislation. The Brazilian State, whether at the federal, district, state or municipal level, processes data to satisfy the other fundamental rights provided for in the Magna Carta, to this end, it must respect the citizen, with regard to their private life, thus submitting to the LGPD. To this end, it must instill within its midst a culture of data protection, map it, plan the risks inherent to data processing, draw up a privacy policy and train its employees to actually put such modern legislation into practice, the purpose of which is of such great importance.

KEY-WORDS: LGPD. Personal Data. Privacy. Cultural Change. Training.

INTRODUÇÃO

No capítulo inicial, como forma de adentrar à temática central do presente estudo, tentando determinar os impactos que a Lei Geral de Dados deverá surtir no âmbito dos legislativos municipais, é importante inferir a origem desta Lei, verificando-se o que motivou o legislador a regular o tema no Brasil.

Para tanto, faz-se necessário regredir um pouco no tempo. Verificar a evolução da importância que os ordenamentos jurídicos foram atribuindo aos bens jurídicos tutelados pela LGPD, de forma a tentar entender a real necessidade de proteger os dados dos cidadãos, para, aí sim, chegar ao contexto atual da legislação pátria sobre o tema.

Contextualizando, é importante lembrar que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é uma legislação brasileira que visa regulamentar o tratamento de dados pessoais de pessoas físicas, organizações públicas e privadas. Sua inspiração vem do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR). A LGPD entrou em vigor em setembro de 2020.

Seu principal objetivo é garantir maior controle e transparência sobre o uso de informações pessoais, estabelecendo direitos para os titulares desses dados. A legislação abrange desde a coleta até o descarte dos dados, impondo obrigações às empresas e ao Poder Público no que diz respeito à segurança e privacidade.

A LGPD estabelece princípios fundamentais, como o consentimento do titular para o tratamento dos dados, a finalidade específica do uso dessas informações, a minimização da coleta, a transparência sobre as práticas de tratamento e a garantia de direitos aos titulares, como o acesso e correção de dados.

As organizações precisam adotar medidas técnicas e organizacionais para garantir a proteção dos dados, além de designar um encarregado de proteção de dados. A não conformidade com a LGPD pode resultar em sanções que variam desde advertências até multas significativas, lembrando que as multas não se aplicam ao Poder Público, conforme dispõe o § 3.º do Artigo 52 da LGPD.

Em suma, a LGPD representa um avanço no Brasil no que diz respeito à proteção da privacidade e dos dados pessoais, alinhando o país a padrões internacionais e promovendo uma cultura de respeito à privacidade.

Conforme exposto acima, a LGPD é aplicável ao Poder Público, conforme preceitua o *caput* do Artigo 1.º da Lei em pauta, de modo que o objetivo deste trabalho é aferir de que forma o Estado/Administração deve tratar os dados pessoais do cidadão, em conformidade com a novel legislação, bem como de que forma deve ser feita a implantação desta Lei no âmbito da Administração Pública, em especial, nas Câmaras Municipais.

1 IMPORTÂNCIA DE UMA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.

Na sociedade atual não podemos desprezar a importância que os dados pessoais possuem. Os dados de cada um demonstram padrões de consumo, por exemplo, que podem facilmente ser utilizados para alavancar as vendas de qualquer empresa que trabalhe bem com tais informações.

De posse dos dados pessoais, as empresas podem bombardear o cidadão de propaganda, chegando ao ponto de até mesmo criar na cabeça deste que ele precisa do produto vendido pela empresa, mesmo dele não estando precisando.

Se o cidadão consulta no Google, exemplo, o termo “violão elétrico” somente a título de curiosidade, sem qualquer pretensão de adquirir um, suas redes sociais, os sites utilizados na sequência passam a mostrar ofertas do referido instrumento.

Isso é possível em razão dos chamados arquivos cookies que armazenam essas informações que são repassadas para as empresas. Assim, o fabricante ou vendedor do violão pesquisado iniciará um bombardeio de propagandas que poderá resultar em uma venda que o adquirente sequer tem tinha intenção de efetivá-la.

Edson Pires da Fonseca lembra que:

A capacidade de processamento desses dados oferece a essas organizações informações detalhadas sobre perfis dos usuários, seus hábitos de consumo, preferências políticas, filosóficas, vida sexual, dados sobre saúde, situação financeira, entre muitos outros dados mais ou menos sensíveis. (FONSECA, 2022, p. 29)

Nesse sentido, os dados pessoais são por muitos chamados de “novo petróleo”, daí a importância da política de *cookies* que o usuário de internet comum simplesmente aceita, sem fazer qualquer juízo crítico.

Os dados pessoais são tão valiosos que são o principal negócio de algumas das maiores empresas do mundo, como a Google e o Facebook. Nesse sentido, Stefano Rodotà ressalta que:

As informações fornecidas pelas pessoas para que obtenham determinados serviços são tais, em quantidade e qualidade, que possibilitam uma série de usos secundários, especialmente lucrativos para os gestores dos sistemas interativos. (RODOTÀ, 2008, p. 46)

A regulamentação de tema tão caro ao cidadão esbarra no poder econômico que por ventura se utiliza dos dados de modo desenfreado, violando a intimidade e vida privada do cidadão comum.

A ausência de normas sobre a proteção de dados impacta também na livre iniciativa, visto que não há falar em liberdade para empreender em uma “terra de ninguém”. Em um ambiente assim o capital usa e abusa dos dados pessoais, aumentando a desigualdade, enquanto o pequeno empreendedor não tem as mesmas condições de usufruir do uso adequado dos dados pessoais para ascender economicamente.

No mesmo sentido, Edson Pires da Fonseca lembra que “A livre iniciativa e a livre concorrência devem ter espaço para florescer no ecossistema de proteção de dados fomentado pela LGPD, resguardando os direitos do consumidor [...]” (FONSECA, 2022, p. 91).

Há que se buscar um meio termo entre o desenvolvimento econômico, a livre iniciativa e a proteção da honra, vida privada e intimidade do cidadão, objetivo principal da Lei Geral de

Proteção de Dados pátria.

Feitas as considerações acerca da importância de regulamentar a proteção de dados pessoais, para dar prosseguimento ao presente trabalho é importante destacar a evolução legiferante sobre o tema, dando uma especial atenção ao Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR.

1.1 Evolução da Proteção aos Dados Pessoais no Brasil e no Mundo.

Conforme o Professor Fernando P. Alqualo, no bojo de suas aulas ministradas no curso de pós-graduação que ora finalizamos, o embrião da Lei Geral de Proteção de Dados remonta aos anos 1890, na Inglaterra, com os precedentes da *common law*, ocasião em que foi verificada uma certa massificação da mídia em que esta, mesmo tendo o dever de informar as pessoas, passou a cometer abusos da imagem e informações pessoais. Na oportunidade, o sistema consuetudinário inglês passou a coibir tais abusos, limitando o direito de informar, em casos de afronta à intimidade, honra e vida privada do cidadão.

Na sequência, no pós-segunda guerra mundial, em 1948, veio a Declaração Universal dos Direitos do Homem dizer, dentre outras coisas, que:

Art. 12 - Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

Tal dispositivo representa mais um passo em direção à proteção à intimidade e vida privada, escopo da LGPD atual.

Já na década de 70 do século passado houve uma rápida evolução da informática, onde se passou a ter a necessidade de criar normas de privacidade e proteção de dados. A título de exemplificação, citam-se algumas legislações dos EUA (1970 e 1974), Suécia (1973), Alemanha (1977) e Portugal em sua Constituição Federal (1976).

Tais legislações evidenciam o atraso do Brasil em se preocupar com a proteção de dados pessoais, pois somente a partir dos anos 2000, conforme será exposto adiante, se passou a dar valor ao referido bem jurídico.

Sobre o período, Edson Pires da Fonseca destaca o aumento exponencial da capacidade computacional, tendo a Europa como o berço da proteção de dados, enumerando as seguintes legislações: a) Lei do Estado Alemão de Hesse, de 1970; b) Lei n.º 289/1973, da Suíça; c) Lei Nacional Alemã de Proteção de Dados, de 1977; d) Leis n.º 243/1978 e 244/1978 da Dinamarca; e) Lei n.º 78-77, de 1978, França (FONSECA, 2022, p. 33).

Historicamente, destaca-se ainda o posicionamento da Corte Constitucional da República Federal da Alemanha que passou a reconhecer a existência do direito fundamental à

autodeterminação (dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade) lá nos idos do ano de 1983.

Sobre esta quebra de paradigma do judiciário alemão, Edson Pires da Fonseca lembra que:

Em meio à promulgação de legislações de proteção dos dados pessoais, destaca-se a decisão de 15 de dezembro de 1983, do Tribunal constitucional Alemão, sobre a **Lei do Censo**, baseada na tese da **autodeterminação informativa**, pedra toque das atuais legislações de proteção de dados, considerada um marco para a proteção de dados pessoais. (FONSECA, 2022, p. 33, grifos do autor)

Na sequência, no Brasil, em 1988, foi promulgada a Constituição Federal onde previsto um rol de direitos fundamentais para o cidadão, dentre eles o contido no Inciso X do Artigo 5.º, que estabelece que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Tal inovação do Constituinte originário é importantíssima por versar sobre direito fundamental tendo, portanto, aplicabilidade imediata, conforme dispõe o §1.º do Artigo 5.º da Constituição Federal de 1988. É considerada ainda cláusula pétrea por força do Artigo 60, §4.º, Inciso IV da nossa Lei Maior. E, diante da superioridade hierárquica da Constituição Federal, é parâmetro de controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais.

Na sequência, citam-se ainda:

a) Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) contendo normas específicas sobre bancos de dados e cadastros de consumidores em seu Artigo 43, representando mais um passo para a proteção dos dados pessoais.

b) Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, onde está previsto que “todas as pessoas têm o direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito”;

c) Lei n.º 12.414, de 9 de junho de 2011 (Lei do Crédito), que trata de Informações de adimplemento do cadastrado e para a formação do histórico de crédito;

d) Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, (Lei de Acesso à Informação) que vem proteger as “informações pessoais”;

e) Lei n.º 12.965, de 23 de abril 2014, (Marco Civil da Internet) que torna a proteção dos dados pessoais como princípio basilar para uso da internet no Brasil;

f) Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) em 2018 na Europa que será abordada com mais vagar na sequência;

g) Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira, também em 2018, lei esta objeto deste trabalho, e;

h) Emenda Constitucional n.º 115 que incluiu no rol do Artigo 5.º da Constituição o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais dentre os direitos fundamentais.

Assim, a origem da preocupação com a proteção de dados remonta a várias décadas e está relacionada ao aumento do uso de tecnologias de informação e comunicação.

1.2 Do Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR

O GDPR exerce tamanha influência sobre a nossa Lei Geral de Proteção de Dados que convém citá-lo em tópico à parte, o que faremos a seguir.

Tem-se como marco significativo para a proteção de dados pessoais na Europa e no Mundo a Diretiva 95/46/CE da União Europeia, adotada em 1995, que estabeleceu princípios para a proteção de dados pessoais.

Essa Diretiva foi precursora do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), que entrou em vigor em maio de 2018. O GDPR foi uma resposta à crescente digitalização e globalização, visando unificar as leis de proteção de dados na União Europeia e fortalecer os direitos dos cidadãos em relação às suas informações pessoais.

A necessidade de regulamentar a proteção dos dados pessoais decorre de alguns acontecimentos históricos, como destaca Edson Pires da Fonseca:

Alguns episódios amplamente divulgados nos últimos anos chamaram a atenção para a necessidade de legislações de proteção de dados mais robustas, dos quais se destaca o escândalo da Cambridge Analytica, empresa que se valeu de uma brecha na política de privacidade do Facebook e, em parceria com a Global Science Research, coletou dados de milhões de usuários da rede social, que, segundo relatos, serviram para direcionar conteúdos com a finalidade de influenciar eleitores das campanhas para Presidente dos Estados Unidos e do BREXIT, a saída do Reino Unido da União Européia. (FONSECA, 2022, p. 38)

A influência do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) sobre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira é evidente, refletindo uma convergência global em relação aos princípios e padrões de proteção de dados pessoais.

A LGPD foi influenciada diretamente pelo GDPR. A legislação europeia serviu como uma referência significativa durante o processo de elaboração da LGPD, contribuindo para a criação de uma estrutura jurídica sólida no Brasil.

O GDPR tem sido influente globalmente, servindo de referência para muitas legislações de proteção de dados em todo o mundo. Ele reflete a crescente importância atribuída à privacidade dos dados e à necessidade de regulamentação abrangente para proteger os direitos dos indivíduos em um cenário digital em constante evolução.

A influência do GDPR foi expressiva e incentivou muitos países ao redor do mundo a adotarem legislações semelhantes. Outras regiões, como América Latina e Ásia, também seguiram

essa tendência, reconhecendo a importância de proteger a privacidade em um cenário de rápida evolução tecnológica.

Importante frisar que a transferência internacional de dados pessoais é importantíssima para as empresas sediadas no Brasil. O Artigo 45 da GDPR condiciona tal intercâmbio de informações à implementação no país de origem de lei que assegure o mesmo patamar de segurança previsto na legislação européia.

Assim, o legislador brasileiro agiu rapidamente, criando a Lei 13.719, ainda em 2018, como forma de manter a possibilidade de haver transferência internacional de dados pessoais entre empresas sediadas no Brasil e na Europa. Tal exigência também se encontra prevista na lei brasileira, mais especificamente, no seu Artigo 33, Inciso I.

No contexto brasileiro, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi inspirada no GDPR e promulgada também em 2018, entrando em vigor em setembro de 2020, afinal, exige-se o mesmo grau de proteção em ambas as leis, conforme exposto acima. A implementação dessas leis reflete uma resposta global à necessidade de proteger a privacidade dos indivíduos em um mundo cada vez mais digitalizado.

2 TRATAMENTO DE DADOS PELO PODER PÚBLICO

Trabalhada a questão da importância do uso de dados pessoais de forma responsável, respeitando os ditames previstos na LGPD, bem como feita toda a recapitulação histórica, é o momento de abordar a questão do tratamento dos dados pelo Poder Público, aferindo de que maneira isto se dá, em especial, no ambiente dos Legislativos Municipais Brasil afora.

Sobre o tratamento dos dados pessoais pelo Poder Público, é bom que se diga que não são todas as bases legais que são mais indicadas para se justificar tal manuseio dessas informações pessoais.

A ANPD indica que o consentimento, legítimo interesse, cumprimento de obrigação legal e regulatória e execução de políticas públicas são as principais bases legais invocadas pelo Poder Público.

2.1 Da Aplicabilidade da LGPD Pelo Poder Público

Conforme dispõe o *caput* do Artigo 1.º da Lei Geral de Proteção de Dados, a LGPD é aplicada inclusive aos órgãos públicos, senão vejamos:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

De acordo com referido dispositivo, podemos extrair algumas conclusões, a saber: a) ela veio para regulamentar o tratamento de dados; b) ela não se aplica somente a informações contidas em computadores, aplicando-se a quaisquer formas documentais que contenham dados pessoais, como por exemplo, uma ficha de prontuário médico física; c) ela também se aplica a pessoas físicas; d) a LGPD visa sopesar os interesses relacionados à privacidade e ao livre desenvolvimento da pessoa natural; e) tem aplicabilidade no âmbito municipal, seja no Poder Executivo ou Legislativo.

Além disso, ressalta-se que a LGPD traz o capítulo IV intitulado “Do Tratamento De Dados Pessoais Pelo Poder Público” (do Artigo 23 ao Artigo 32), visando trazer o regramento sobre como as Câmaras Municipais devem tratar os dados pessoais tanto dos cidadãos comuns como de seus servidores.

Evidentemente que o Poder Público trata dados pessoais diariamente, mas para dar continuidade, é importante delinear em que consiste o termo “tratamento”. Para tanto, podemos nos socorrer aos conceitos trazidos tanto na GDPR européia quanto pela LGPD brasileira.

Qualquer operação ou conjunto de operações sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados tais como a coleta, o registro, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição (GRPD, Art. 4.º)

Art. 5.º [...]

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

Nota-se que ambos os conceitos trazem um rol exemplificativo sobre quais ações relacionadas aos dados pessoais são tidas como tratamento. Vale dizer, tudo aquilo que for feito com um dado pessoal, desde o seu nascedouro, até o seu descarte (*Privacy by Design* e *Privacy by Default*) consiste em tratamento, e se não estiver prevista nas hipóteses excepcionais trazidas no Artigo 4.º da LGPD, deverá respeitar os termos contidos na Lei.

Maurício Tamer lembra que:

“De forma abrangente, a ideia de tratamento contempla todas as atividades do ciclo de vida de dados pessoais junto ao agente de tratamento desde a sua coleta até sua eliminação, passando por todas as formas e possibilidades de manuseio durante o período em que os agentes de tratamento estão em sua posse, independente do meio utilizado, se físico ou digital. (TAMER, 2022, p. 68).

Em outras palavras, por exemplo, quando a Câmara Municipal aprova um Requerimento de Informações de autoria de algum Vereador, solicitando que seja encaminhada cópia de holerite

de determinados servidores públicos municipais, no intuito de apurar supostos pagamentos de horas extras irregulares, para respondê-lo, será feito tratamento de dados pessoais.

Quando a Câmara Municipal cumpre a Lei de Acesso à Informação e coloca em seu site o nome, os vencimentos e demais dados dos Servidores e Vereadores, ou ainda quando veicula a imagem do Parlamentar na transmissão das Sessões Ordinárias e Extraordinárias, está igualmente tratando dados pessoais.

O ato de informar ao Tribunal de Contas Estadual sobre os dados relacionados à folha de pagamento ou registro de servidores públicos recentemente nomeados também consistem em tratamento dados, e por isso deve-se respeitar a LGPD.

Além disso, quando ocorre um processo licitatório, o participante obrigatoriamente apresenta documentação pessoal para comprovar ser representante da empresa concorrente. Esses dados são obrigatoriamente publicados, visto que a Lei 14.133, de 1.º de abril de 2021, exige a publicação na íntegra dos processos licitatórios no site do órgão, nesse caso, também ocorre o tratamento de dados pessoais.

Percebe-se que são infinitas as possibilidades de se exemplificar o tratamento de dados realizado por uma Câmara Municipal, espera-se ter sido demonstrada a amplitude da aplicação da LGPD no âmbito de uma Casa Legislativa.

Tamanha a necessidade da Administração se adequar aos preceitos trazidos pela LGPD, que a própria Lei criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD.

Trata-se de autarquia que deve, dentre outras atribuições, atuar em coordenação e articulação com outros órgãos e entidades públicos, visando assegurar o cumprimento de suas atribuições com maior eficiência e promover o adequado funcionamento dos setores regulados (Art. 55-J, §3.º).

Para cumprir seu papel, ela expede Guias Orientativos, tendo lançado o Guia Orientativo para o Tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. Tal guia tem como objetivo:

[...] delinear parâmetros que possam auxiliar entidades e órgãos públicos nas atividades de adequação e de implementação da lgpd. As orientações apresentadas constituem um primeiro passo no processo de delimitação das interpretações sobre a lgpd aplicáveis ao Poder Público. (ANPD. guia orientativo – Tratamento de dados pessoais pelo Poder Público)

Neste guia a ANPD trabalha a questão conceitual de Poder Público, passando a especificar as bases legais mais comuns e princípios mais importantes relacionados ao tratamento de dados por parte do Poder Público, culminando com o compartilhamento e a divulgação de dados pessoais por parte da Administração.

O guia orientativo supramencionado traz alguns exemplos da aplicabilidade da LGPD nas

Casas Legislativas, como por exemplo:

Assembleia Legislativa pretende lançar canal de TV próprio. Para tanto, entre outros requisitos, o órgão regulador determinou a apresentação de dados pessoais de parlamentares e servidores responsáveis pela direção do canal, sob pena de ter o pedido de outorga indeferido.

O tratamento dos dados pessoais pela Assembleia Legislativa é legítimo, uma vez que, nos termos do art. 7º, II, da LGPD, vincula-se diretamente ao cumprimento de normas de conduta, no caso, obrigações regulatórias definidas pelo órgão regulador competente, em conformidade com a legislação aplicável. (ANPD. guia orientativo – Tratamento de dados pessoais pelo Poder Público)

Nesse caso, verifica-se que a base legal que autoriza o tratamento é o cumprimento de obrigação legal ou regulatória. Importante base legal que demonstra que a LGPD se preocupa com a coexistência de outras leis, tema que será retomado na sequência.

Por fim, a ANPD traz interessante exemplo de manuseio de dados pessoais por parte do Poder Legislativo que é digno de nota:

Assembleia Legislativa trata dados pessoais contidos em documentos relacionados ao processo legislativo, tais como atas de reunião, pareceres e projetos de lei. Os dados pessoais em questão se referem, entre outros, a parlamentares, servidores públicos, membros da sociedade civil e especialistas ouvidos em audiências públicas.

O tratamento dos dados pessoais é legítimo, na medida em que diretamente vinculado ao cumprimento de obrigações e à execução de competências típicas do órgão legislativo, que decorrem de normas de organização previstas na Constituição Estadual, em conformidade com a base legal prevista no art. 7º, II, e com o disposto no art. 23, da LGPD. (ANPD. guia orientativo – Tratamento de dados pessoais pelo Poder Público)

Mais um exemplo que demonstra a preocupação da LGPD com a sua coexistência harmônica no ordenamento jurídico pátrio, sem poder se falar em conflito de normas.

2.2 Do Conflito Aparente de Normas

Conforme ventilado acima, a LGPD é uma lei que inovou a maneira como são respeitados os dados pessoais, o que acaba por, aparentemente, gerar conflito com outras leis, ou com bens jurídicos diversos tutelados por outras leis.

Sobre o tema, em primeiro lugar, cumpre destacar que não são todos os dados pessoais que são regidos pela LGPD. O Artigo 4.º da Lei traz as exceções como, dentre outros, os dados relacionados à segurança pública, segurança nacional, com finalidade jornalística ou artística.

Outro fator que deve ser levado em consideração é que a LGPD, apesar de ter como pedra fundamental a proteção à honra, intimidade e vida privada, ela tem também como um dos seus fundamentos previstos no Artigo 2.º, a livre iniciativa, a livre concorrência, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação.

Nesse sentido, Maurício Tamer assegura que:

Ao colocar a livre-iniciativa como fundamento, a LGPD permite e propõe uma interação constante entre a proteção de dados pessoais e o regime da livre-iniciativa, renovando seu pacto pelo equilíbrio na interpretação normativa. Reconhece, em diálogo com o sistema

normativo brasileiro, que a intervenção nos modelos de negócio é possível, mas não a todo custo. (TAMER, 2022, p. 31).

E arremata:

O que a LGPD determina, sobretudo, é que os tratamentos de dados pessoais não sejam realizados de forma a prejudicar a concorrência de mercado e suas estruturas de sustentação, protegendo o mercado e o público consumidor, [...] (TAMER, 2022, p. 31).

Assim, no caso concreto há que se ponderar qual bem jurídico deverá prevalecer, se a intimidade, se a livre concorrência, devendo ambas coexistirem harmônicamente.

Desde a criação da LGPD vem se propagando um mito no sentido de que o consentimento é a única ou a mais importante base legal que autoriza o uso de dados pessoais alheios, apequenando as demais bases legais.

Isso, a nosso juízo, reflete nesse senso de que ela veio para inviabilizar a atuação da iniciativa privada e do Estado. Afinal, de acordo com esse posicionamento equivocado, o titular dos dados tem direito absoluto de permitir ou não o tratamento de seus dados pessoais, inviabilizando a iniciativa privada de prosperar.

É dizer, quando da publicação da LGPD muito se falou que para trabalhar com dados pessoais o seu titular deveria consentir, esquecendo-se de que a lei traz outras 9 (nove) bases legais tão importantes quanto o consentimento.

Em verdade, o consentimento, no caso do Poder Público, deve ser até mesmo evitado em razão do poder de império do Estado, que, por vezes, acaba por viciar o consentimento que deve ser uma manifestação livre, informada e inequívoca. Foi justamente nesse sentido que a ANPD se manifestou quando tratou das bases legais aplicadas ao Poder Público, senão vejamos:

Diante dessas características, em muitas ocasiões, o consentimento não será a base legal mais apropriada para o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, notadamente quando o tratamento for necessário para o cumprimento de obrigações e atribuições legais. Nesses casos, o órgão ou a entidade exerce prerrogativas estatais típicas, que se impõem sobre os titulares em uma relação de desbalanceamento de forças, na qual o cidadão não possui condições efetivas de se manifestar livremente sobre o uso de seus dados pessoais. (ANPD. guia orientativo – Tratamento de dados pessoais pelo Poder Público).

Muito se fala que a LGPD proíbe o tratamento de dados pessoais, que em função dela, não se pode mais tratar dados. Ledo engano: conforme exposto acima, a LGPD não veio para inviabilizar a iniciativa privada nem pública, e sim para regulamentar o uso de dados pessoais, que como vimos, é um direito fundamental do cidadão.

A base legal citada pela ANPD alhures demonstra que se existe uma lei autorizando o tratamento de certos dados pessoais, não é a LGPD que vai proibir o seu acesso. O mesmo raciocínio se aplica sobre a publicação de dados pessoais em licitações, conforme será exposto na sequência. Ora, a Nova Lei de Licitações determina a publicação na íntegra dos processos licitatórios, possibilitando um maior controle social na despesa pública.

Em havendo lei autorizando a publicação (ou melhor, obrigando a publicação), não cabe à LGPD cercear o direito do cidadão de acompanhar a realização de uma licitação. Assim, não há falar em “rasurar” as informações de cunho pessoal do participante do certame. Nesse sentido, a ANPD se manifestou no seguinte sentido:

Exemplo 9 Dados coletados para elaboração de contrato administrativo A Secretaria de Educação de um Município contrata, por licitação, uma empresa para fornecer merenda nas escolas. Para firmar o contrato com a Secretaria, tanto o representante da empresa quanto o servidor público que assinará o contrato fornecem os seus dados, como nome, profissão, cpf, rg, estado civil e endereço residencial. Para atender a outros dispositivos legais e dar publicidade à contratação da empresa, o contrato é divulgado no sítio eletrônico da Secretaria de Educação.

É possível que dados como estado civil e endereço residencial não sejam necessários para a identificação dos responsáveis pela contratação e para viabilizar o exercício do controle social sobre a atividade do órgão público. Assim, a fim de limitar o tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, o ideal é não coletar esses tipos de dados.

Note que tanto a Lei 14.133, de 2021 quanto a Lei 13.708, de 2018 convivem harmonicamente, bastando aplicar o Princípio da Necessidade previsto no Artigo 6.º, Inciso III desta última Lei.

Sobre esse conflito aparente de normas, é comum ouvir comentários desavisados sobre uma suposta impossibilidade de a Câmara Municipal poder requerer informações que contenham dados pessoais por afrontar a LGPD.

Em nossa experiência profissional de Procurador de Câmara Municipal já testemunhamos Vereador dizendo que não pedirá tal informação porque a LGPD não permite; já tomamos conhecimento também de pedidos de informação não respondidos pelo Chefe do Executivo sob o argumento de que a LGPD veda o seu fornecimento.

O que se tem que ter em mente é que a LGPD não pode afastar o poder/dever que a Câmara tem de fiscalizar os atos da Administração Pública municipal, dever este garantido inclusive pela Constituição Federal. Admitir o contrário é afirmar que uma lei ordinária está acima da Lei Maior do Estado.

Conforme esposado há pouco, existe a necessidade de sopesar qual bem jurídico irá prevalecer: se a intimidade ou o controle social que deve existir sobre as contas públicas, direito este também de foro constitucional.

3 IMPLANTAÇÃO DA LGPD NAS CÂMARAS MUNICIPAIS

Abordada a questão da importância da proteção dos dados pessoais, bem como a aplicabilidade da LGPD no âmbito da Administração Pública com enfoque nas Câmaras Municipais, passa-se ao momento de se inferir como deve se dar a sua implantação nos legislativos municipais. Destaca-se que a ideia do trabalho é dar uma alternativa, sem ter a pretensão de ser a

única viável.

Quando se fala em implantação, tem que se ter em mente a realidade de cada Casa Legislativa e levar em consideração a peculiaridade local. Lembrando ainda que o trabalho não deve ser feito por uma só pessoa e sim por uma equipe multidisciplinar.

Sobre essa equipe, é bom esclarecer que não é porque se está tratando de dados pessoais, onde a maioria está materializada no ambiente digital, que todos os responsáveis pela implementação devem ser necessariamente profissionais com formação em tecnologia da informação – TI. Além disso, não necessariamente devem ser profissionais do Direito, sob o argumento de que a LGPD não deixa de ser uma lei.

O trabalho de implementação envolve questões jurídicas, sim; questões de segurança da informação e tecnológicas, sim; mas somente esses dois ramos do conhecimento não bastam para uma efetiva operacionalização da LGPD. O conhecimento nessas áreas ajuda, mas não é suficiente.

Faz-se necessário o apoio de todos os atores que trabalham dados pessoais, visto que cada um conhece a própria rotina de trabalho, podendo contribuir no plano de adequação.

A mudança cultural também é outro importante aspecto a ser considerado quando da implementação da LGPD, afinal não basta investimento em hardware e software, treinamento da equipe, contratação de *Data Protection Officer* – DPO terceirizado renomado se o servidor, que é a ponta da lança, manter a senha do seu computador em um *post it* colado no monitor da máquina, ou ainda, o servidor abrir todos os E-mails sem qualquer cuidado, ou acessar sites para baixar filmes em equipamento ligado à rede do órgão público, por exemplo.

Além disso, é primordial que exista o apoio incondicional da alta cúpula da Administração, inspirando confiança em todos, dando suporte ao encarregado para que este possa cobrar a implementação no dia-dia, bem como para fornecer todo o aparato tecnológico e treinamento de pessoal que se fazem necessários.

Para lograr êxito na implementação, faz-se necessário dividi-la em etapas bem delineadas para uma implementação viável, fases estas que passaremos a expor na sequência.

3.1 Mudança de Cultura e Governança de Dados

Conforme exposto acima, não há falar em implementação da Lei Geral de Proteção de Dados sem que haja a compreensão da importância da proteção dos dados por parte do Servidor Público.

Nesse sentido, o Servidor tem que entender os riscos e consequências que um vazamento de dados pode trazer ao seu titular, com a correspondente responsabilização do órgão detentor da informação.

O comprometimento de todos é essencial para o sucesso na tarefa de resguardar os direitos relacionados à honra, intimidade e vida privada do cidadão que tem seus dados junto aos órgãos públicos.

Trazendo para o ambiente das Câmaras Municipais, o Vereador ou Servidor que tiver acesso a dados pessoais em função de suas atribuições tem que ter em mente que poderá vir a ser responsabilizado pelo uso indevido dessas informações, nos termos do Artigo 42 da LGPD e Artigo 37, Inciso 6.º da Constituição Federal.

A questão da governança guarda relação com o mapeamento dos processos, como forma de definir o passo a passo da atividade de cada setor do órgão público.

No caso específico, pode-se aplicar o conceito de BPM - *Business Process Management*, que consiste em um conjunto de práticas que visam à melhoria contínua dos processos dentro de uma empresa.

Para a implantação do BPM, sugere-se que seja feito mapeamento de Processos propriamente dito, e a padronização desses processos, resultando em uma melhora contínua dos processos.

Para tanto, algumas questões devem ser respondidas nesta fase, tais como: Qual o objetivo? Quais os limites de atuação? Quais as atividades? Quem é o responsável? Quem participa diretamente? Quem participa indiretamente? Quais são os insumos alocados? Qual é o resultado final? Quais as maiores dificuldades? Quais os riscos identificados?

3.2 Mapeamento dos Dados Pessoais e Seu Respetivo Mapeamento

Feito o mapeamento dos processos, na sequência é importante realizar o levantamento dos dados pessoais que cada Servidor trata no seu cotidiano, bem como o fluxo desses dados. Tal medida é salutar para reforçar a consciência da necessária proteção de dados, bem como para se adotar as medidas necessárias para o cumprimento da LGPD.

Não raras vezes, os dados pessoais são tratados pelo agente público sem que este se dê conta de que se trata de um dado pessoal. Assim, definindo qual a relação desses dados, pode-se conscientemente dar um tratamento especial que a Lei exige.

Conforme o Manual de Implementação da LGPD da Controladoria Geral do Estado do Paraná – CGE-PR, o Mapeamento de dados “é uma atividade de catalogação de todo o fluxo de dados pessoais, que são objeto das operações de tratamento.” (CGE-PR, 2021, p. 9)

Para o manual supramencionado, o inventário de dados tem por objetivo:

[...] entender, de forma detalhada, a variedade dos dados tratados nos órgãos ou entidades públicos e categorizá-los, mensurando os riscos existentes e seus impactos, servindo como base para elaboração de planos de ação mais direcionados e efetivos. (CGE-PR, 2021, p. 9)

Insta salientar que quando o órgão tem todos os seus processos e dados pessoais mapeados, uma eventual defesa junto à ANPD, Ministério Público ou até mesmo em uma possível ação de indenização pode ser realizada de forma mais eficaz, visto que demonstra a preocupação do Gestor para com os dados pessoais, impactando no resultado final da possível responsabilização.

3.3 Elaboração do Relatório de Impacto – RIPD

Consciente do necessário respeito à proteção dos dados pessoais, mapeados os processos e os dados e feito o seu respectivo inventário, começa-se a vislumbrar o mapeamento dos riscos com o respectivo relatório de impacto.

Ao aferir os riscos inerentes ao tratamento de dados, podem-se planejar medidas para coibi-los ou amenizar suas consequências em caso de infortúnios. A PGE do Paraná, em seu manual retromencionado destaca que:

O levantamento de riscos tem como objetivo mitigá-los, por meio do controle e da redução desses, até que, em algum momento, eles sejam extintos. Trata-se de um procedimento que ajuda a planejar as ações preventivas tomadas por parte dos órgãos ou entidades estaduais. (CGE-PR, 2021, p. 9)

Para tanto, o Roteiro Elaborado pelo Comitê para Implementação de Diretrizes e Plano de Adequação Sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, do Mato Grosso do Sul exalta que para a elaboração da gestão de riscos, deve-se primeiramente identificar os riscos, realizar análise desses riscos, avaliar esses riscos e por fim, mitigá-los.

Com os riscos mapeados é possível elaborar o relatório de impacto. Este, por sua vez, de acordo com o Artigo 5.º, XVII da LGPD consiste em:

XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco;

Sobre o referido relatório, é oportuno destacar que o Governo Federal lançou no bojo do Guia de Boas Práticas – Lei Geral de Proteção de Dados um modelo completo com a finalidade de ajudar a criação do RIPD.

É importante destacar que é impossível prever todos os riscos e evitar todos os incidentes de vazamentos de dados, mas cabe ao Gestor atuar da melhor forma possível para evitar que isso ocorra e o relatório de impacto, decorrente do mapeamento dos riscos, é medida de planejamento que visa dar cumprimento aos Princípios da Segurança e da Prevenção, previstos nos Incisos VII e VIII do Artigo 6.º da LGPD.

3.4 Criação de Política de Privacidade

A criação desta política é importante para que o órgão público defina o seu posicionamento em relação à proteção de dados. Agindo desta forma, demonstra transparência e boa-fé. Mostra ainda para toda a sociedade o seu comprometimento com os valores da dignidade humana relacionados à proteção de dados pessoais dos cidadãos.

O professor do Curso que ora se finda, Ricardo Castro Cajazeira na aula T05 – Política Interna de Privacidade, esclarece que para a elaboração de uma política de privacidade, é preciso separá-la em 4 (quatro) partes: **1.^a** Dividida em Objetivo, Legislação e Definições; **2.^a** que compreende a Abrangência, as Finalidades do Tratamento e quais dados são tratados; **3.^a** que corresponde ao compartilhamento de dados, a Segurança da Informação e o Armazenamento dos Dados, por fim; **4.^a** parte que é subdividida em Direitos dos Titulares e Alerta Legal.

A metodologia acima é exemplificativa, de modo que o que se busca é evidenciar o conteúdo básico que uma política de privacidade deve conter. Com uma política de privacidade bem definida o cidadão tem condições de saber quais dados pessoais de sua titularidade são tratados, a maneira como se dá esse tratamento, a forma com que o órgão público os mantém em segurança, os direitos que o titular dos dados possui oponíveis ao órgão público, etc.

Apesar de a grande maioria das fases acima serem autoexplicativas, dado o recorte metodológico, bem como pela impossibilidade de discorrer sobre todas elas em função da brevidade do presente trabalho, não será possível aprofundamentos sobre cada uma. O objetivo, de momento, é trazer noções gerais sobre em que consiste uma política de privacidade adotada por um órgão público.

3.5 Designação do Encarregado

Na sequência, deve-se realizar a designação do encarregado. Tal figura, corresponde ao *Data Protection Officer* – DPO que, nos termos do Inciso VIII do Artigo 5.º da LGPD é “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)”.

Maurício Tamer destaca que o DPO possui uma série de funções, em especial:

- (i) receber as solicitações dos titulares de dados pessoais e comunicações desses de qualquer natureza; (ii) prestar os esclarecimentos necessários sobre o tratamento de dados pessoais; e (iii) receber comunicações da ANPD e atuar da forma necessária para atender ao que solicita a autoridade. (TAMER, 2022, p. 66)

Referido autor lembra ainda que o Encarregado é “um dos principais responsáveis por viabilizar as articulações internas necessárias à promoção da cultura de privacidade para os times internos.”. (TAMER, 2022, p. 66)

A ANPD expediu o Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados

Pessoais e do Encarregado, onde esclarece que o DPO “é o indivíduo responsável por garantir a conformidade de uma organização, pública ou privada, à LGPD.”. (ANPD. guia orientativo – Definições)

Nos termos do Artigo 11 da Resolução CD/ANPD n.º 2, de 27 de janeiro de 2022, que aprovou o Regulamento de aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte, a nomeação de encarregado pelo tratamento de dados pessoais é facultativa para tais agentes.

Fazendo uma analogia, cogita-se a facultatividade na nomeação do DPO para as câmaras municipais diminutas, entretanto, o Índice de Transparência Pública do Tribunal de Contas do Estado do Paraná coloca como um dos itens exigidos a nomeação do referido agente de tratamento de dados, tornando praticamente obrigatória a nomeação do DPO nos Legislativos Municipais Paranaenses.

3.6 Treinamento da Equipe

Por fim, e não menos importante, para uma implementação adequada da Lei Geral de Proteção de Dados se faz necessário que a equipe seja preparada para o bom desempenho de suas funções, respeitando a privacidade contida nos dados pessoais acessados em razão do cargo que ocupam.

Deve-se lembrar de que lá no início da implementação exigiu-se a mudança cultural, a qual foi possível também com o treinamento da equipe por meio de cursos de qualificação.

Não custa lembrar que proporcionar a qualificação do servidor público é obrigação do Gestor, nos termos §2.º do Artigo 39 da Constituição Federal, lembrando ainda que se exige do servidor público uma atuação com eficiência, conforme dispõe o *caput* do Artigo 37 também da Constituição, e essa eficiência passa necessariamente pela qualificação do servidor.

Um servidor preparado e consciente da importância dos dados pessoais dificilmente será negligente ao ponto de permitir um vazamento de dados, resultando em dano ao seu titular, com a respectiva responsabilização.

Além disso, o treinamento faz com que a equipe esteja atualizada com as inovações tecnológicas que acabam vindo para somar na busca da proteção de dados pessoais.

Vários vazamentos podem ser evitados com o devido treinamento da equipe, que poderá identificar falhas na segurança e sugerir correções. A Título de exemplificação, tem-se a condenação em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) do município de Barueri pelo vazamento da condição clínica de paciente portador de HIV.¹

Na ocasião, houve uma falha na qual o sistema permitia a qualquer cidadão o acesso à

1 Processo n.º 0009364-14.2022.8.26.0361

condição médica dos pacientes bastando inserir o CPF e data de nascimento, falha esta que possibilitou o referido vazamento dos dados.

Um treinamento mais adequado do quadro de servidores poderia facilmente identificar a falha e evitaria o dano à intimidade do cidadão, que não será recomposta com a indenização, bem como poderia evitar o correspondente dano ao erário público decorrente da condenação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, pode-se verificar a importância que os dados pessoais possuem na sociedade pós-industrial, sendo por muitos considerado o novo petróleo.

A LGPD veio para conciliar a intimidade, vida privada e honra com o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, e a ela cabe sopesar os interesses de ambos os direitos em colisão. Seu intuito é fomentar o desenvolvimento sem se descuidar dos direitos fundamentais do cidadão retromencionados.

Referida legislação coexiste com as demais do ordenamento jurídico, não podendo ser invocada para afastar a aplicabilidade do Princípio da Transparência previsto na Nova Lei de Licitações ou na Lei de Acesso à Informação, devendo-se atentar para as bases legais que autorizam o tratamento de dados.

Evidentemente que o Estado, para cumprir a sua razão de ser, possibilitando a vida em sociedade e garantindo direitos individuais e sociais, precisa tratar dados pessoais. Para tanto, deve necessariamente cumprir os ditames previstos na Lei Geral de Dados.

Em respeito à LGPD, as Câmaras Municipais devem se adequar aos preceitos trazidos na legislação federal em tela, sendo o primeiro passo a mudança cultural do Gestor em iniciar a sua implementação.

O trabalho multidisciplinar também é fundamental para o êxito na implementação, devendo ser observado cada um dos passos citados no capítulo anterior, destacando-se o treinamento da equipe.

Sem a mudança cultural não há lei que possa resguardar qualquer bem jurídico que seja. O Brasil tem milhares de leis que simplesmente “não pegam” por que o seu operador simplesmente não a aplica.

Ou seja, temos lei de proteção de dados dentre as melhores do mundo, mas sem o servidor, sem o “chão de fábrica”, ela nunca atingirá a sua meta de resguardar os direitos fundamentais intitulados dados pessoais.

Em outras palavras, não basta o legislador criar o Inciso LXXIX no Artigo 5.º da Constituição, assegurando o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, se o próprio Estado

Brasileiro (onde se incluem as Câmaras Municipais) não fazer valer tal direito, investindo no seu servidor público para operacionalizar a LGPD.

REFERÊNCIAS

ANPD. **Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado.** Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf. Acesso em 29 de dezembro de 2023.

ANPD. **Guia Orientativo de Tratamento de Dados Pessoais pelo poder Público.** Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>. Acesso em 27 de dezembro de 2023.

ANPD. **Resolução CD/ANPD n.º 2, de 27 de janeiro de 2022.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019#wrapper>. Acesso em 29 de dezembro de 2023.

FONSECA, Edson Pires da. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD.** 2.º ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

MATO GROSSO DO SUL. **Roteiro Elaborado pelo Comitê para Implementação de Diretrizes e Plano de Adequação Sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lgpd, Em Mato Grosso do Sul.** Disponível em: <https://www.lgpd.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/11/Roteiro-Pratico-de-Adequacao-e-Implementacao-LGPD.pdf> Acesso em: 29 de dezembro de 2023.

PROCURADORIA GEAL DO ESTADO DO PARANÁ – PGE-PR. **Manual de Implementação da LGPD.** Disponível em: https://www.cge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2021-06/manual_implementacao_lgpd.pdf Acesso em: 27 de dezembro de 2023.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: a Privacidade Hoje.** Org. seleção e apresentação: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TAMER, Maurício. **LGPD: Comentada artigo por artigo: interpretação e aplicação da lei.** 2.º ed. São Paulo: Rideel, 2022.

ENTRE O DIREITO INTERNO E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÉGIDE DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO

Isadora Fernanda LATINI¹
Vinicius Hiudy OKADA²

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar criticamente a compatibilidade da Lei nº. 14.230/2021 — que reformou a Lei de Improbidade Administrativa no Brasil — com os compromissos internacionais assumidos pelo país, especialmente no âmbito da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), promulgada pelo Decreto nº. 5.687/2006. A pesquisa adota uma abordagem qualitativa e procedimento técnico baseado em análise documental e bibliográfica. São examinados dispositivos legais, tratados internacionais, jurisprudência do STF, literatura especializada e diretrizes de órgãos de controle como o MPF e a CGU. O estudo avalia as inovações introduzidas pela reforma da Lei de Improbidade Administrativa, como a exigência de dolo específico para a caracterização do ato ímprobo, a possibilidade de acordo de não persecução cível (ANPC) e os princípios de proporcionalidade e individualização das sanções. Conclui-se que, embora a reforma represente um avanço técnico em determinados aspectos, há pontos de tensão com os standards internacionais, especialmente no que diz respeito à efetividade das medidas anticorrupção e à vedação ao retrocesso. Defende-se, portanto, a aplicação do controle de convencionalidade e o fortalecimento institucional como medidas essenciais para garantir uma governança pública íntegra, eficiente e em conformidade com os tratados internacionais.

PALAVRAS-CHAVES: Controle de Convencionalidade; Corrupção; Lei de Improbidade Administrativa; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; Vedação ao Retrocesso.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar críticamente la compatibilidad de la Ley nº. 14.230/2021 —que reformó la Ley de Improbidad Administrativa en Brasil— con los compromisos internacionales asumidos por el país, especialmente en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), promulgada mediante el Decreto nº. 5.687/2006. La investigación adopta un enfoque cualitativo, con método teórico-deductivo y procedimiento técnico basado en el análisis documental y bibliográfico. Se examinan disposiciones legales, tratados internacionales, jurisprudencia del STF, literatura especializada y directrices de órganos de control como el MPF y la CGU. El estudio evalúa las innovaciones introducidas por la nueva Ley de Improbidad Administrativa en Brasil, como la exigencia de dolo específico para la configuración del acto de improbidad, la posibilidad de acuerdo de no persecución civil (ANPC) y los principios de proporcionalidad e individualización de sanciones. Se concluye que, aunque la reforma representa un avance técnico en ciertos aspectos, existen puntos de tensión con los estándares internacionales, especialmente en lo que se refiere a la efectividad de las medidas anticorrupción y a la prohibición de regresión. Se defiende, por tanto, la aplicación del control de convencionalidad y el fortalecimiento institucional como medidas esenciales para garantizar una gobernanza pública íntegra, eficiente y conforme con los tratados internacionales.

1 Mestranda em ciência jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2024/2025), linha de pesquisa II – Função Política do Direito e Teorias da Constituição. Bacharel em direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente (2022). Bolsista da Fundação Araucária (Paraná). E-mail: isadora7fl@gmail.com

2 Graduando em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2021/2025). Bolsista do PIBIC, financiado pela Fundação Araucária (Paraná). E-mail: hiudyokada@gmail.com

PALABRAS CLAVE: Control de Convencionalidad; Corrupción; Ley de Improbidad Administrativa. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; Prohibición de Regresión.

1. INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa permanece como um dos principais obstáculos à construção de uma administração pública ética, eficiente e comprometida com os valores republicanos. No contexto brasileiro, historicamente marcado por episódios de corrupção institucionalizada, a busca por instrumentos normativos e institucionais eficazes para combater tais práticas tem se intensificado, especialmente diante das pressões de organismos internacionais e das expectativas sociais por maior transparência e *accountability*.

Nesse cenário, a cooperação internacional surge como elemento imprescindível, possibilitando a harmonização de normas, o intercâmbio de informações e a construção de um arcabouço jurídico transnacional voltado à responsabilização dos agentes públicos e privados envolvidos em esquemas ilícitos.

O presente estudo parte do pressuposto de que o enfrentamento à improbidade administrativa demanda não apenas uma reforma normativa no plano interno, mas, sobretudo, uma integração consciente e estratégica do ordenamento jurídico brasileiro aos compromissos assumidos no plano internacional, especialmente no que se refere aos tratados e convenções de combate à corrupção.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), promulgada no Brasil pelo Decreto nº. 5.687/2006, representa, nesse sentido, um marco fundamental, por estabelecer padrões normativos amplos e mecanismos cooperativos que extrapolam fronteiras nacionais, promovendo uma cultura global de prevenção e repressão à corrupção.

A promulgação da Lei nº. 14.230/2021, que reformou substancialmente a antiga Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429/92), deve ser analisada nesse contexto ampliado. A nova legislação busca alinhar o direito brasileiro aos princípios e práticas internacionais, incorporando, por exemplo, a exigência do dolo específico como condição para a configuração do ato de improbidade, a institucionalização do acordo de não persecução cível (ANPC), e a previsão de medidas de consensualidade em casos de ilícitos administrativos.

Tais alterações, embora cercadas de debates quanto à sua extensão e eficácia, demonstram o esforço normativo por compatibilizar o sistema jurídico nacional com os compromissos assumidos em tratados internacionais, especialmente a CNUCC.

Além da dimensão normativa, este artigo se propõe a analisar os desafios práticos e estruturais enfrentados pelo Brasil na implementação desses compromissos, destacando a necessidade de fortalecer as instituições de controle, promover a capacitação técnica dos agentes públicos e fomentar a cultura de integridade nas esferas administrativa e política.

A atuação do Ministério Público Federal (MPF), da Controladoria-Geral da União (CGU) e de outras entidades de fiscalização será examinada sob a ótica de sua capacidade de concretizar os mecanismos de cooperação internacional, bem como de impulsionar políticas públicas que efetivem os princípios constitucionais da moralidade e da legalidade administrativa.

Serão também problematizadas as tensões entre os avanços normativos da Lei nº. 14.230/2021 e os parâmetros internacionais de combate à corrupção, à luz do controle de convencionalidade. Argumenta-se que, embora a reforma tenha buscado conferir maior garantismo ao processo de responsabilização por atos de improbidade, há riscos de retrocesso normativo caso se desconsiderem os *standards* estabelecidos pela CNUCC, como a vedação a medidas legislativas mais brandas que aquelas já consagradas no plano internacional.

O problema apresentado é o que segue: Em que medida a reforma trazida pela Lei nº. 14.230/2021 está efetivamente alinhada aos compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais de combate à corrupção, especialmente à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), e quais são os impactos dessa (in)compatibilidade na efetividade da responsabilização dos agentes públicos por atos ímprobos?

A hipótese apresentada é a que segue: A reforma introduzida pela Lei nº. 14.230/2021 incorporou parcialmente os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na CNUCC, especialmente ao prever mecanismos como a exigência de dolo específico e o acordo de não persecução cível (ANPC). No entanto, ao suavizar certos aspectos sancionatórios e impor exigências subjetivas mais rígidas para a configuração de atos de improbidade, a nova legislação pode representar um retrocesso normativo incompatível com os padrões internacionais, comprometendo a efetividade das políticas públicas de combate à corrupção e a plena realização dos princípios constitucionais da moralidade e da legalidade administrativa.

A presente pesquisa adota uma abordagem qualitativa, de cunho teórico-dogmático, centrada na análise crítica do ordenamento jurídico brasileiro em matéria de improbidade administrativa à luz dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro no combate à corrupção.

Neste percurso, a pesquisa busca oferecer uma reflexão crítica e propositiva sobre a articulação entre o direito interno e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, examinando a cooperação internacional não como mero mecanismo instrumental, mas como

dimensão essencial para a efetivação dos direitos fundamentais, a promoção da justiça administrativa e a reconstrução da confiança nas instituições democráticas.

2. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: OS TRATADOS INTERNACIONAIS CONTRA A CORRUPÇÃO E A LEI Nº. 14.230/2021

A improbidade administrativa é um dos maiores entraves ao desenvolvimento sustentável e à consolidação de instituições democráticas em diversos países, especialmente no Brasil. Nesse cenário, a cooperação internacional surge como uma ferramenta essencial para enfrentar a corrupção e promover a *accountability* nas administrações públicas.

Este capítulo examina a interseção entre tratados internacionais contra a corrupção e a nova Lei de Improbidade Administrativa (LIA), destacando como essa relação pode fortalecer as medidas de combate à improbidade administrativa e quais desafios devem ser superados para garantir eficácia nas ações.

A Lei nº. 14.230/2021, que altera diversas normas relacionadas à responsabilização de agentes públicos e estabelece novos mecanismos de controle, se insere em um contexto mais amplo de cooperação internacional.

Os atos de improbidade estão descritos na Lei de Improbidade Administrativa nos art. 9º. (enriquecimento ilícito), 10 (prejuízo ao erário) e 11 (violação aos princípios da administração pública). Para que sejam assim considerados, Mauro Roberto Gomes de Mattos escreve em “Improbidade administrativa: Reflexões à luz da Lei nº 14.230/2021” que devem ser praticados de forma dolosa, pois não basta a voluntariedade do agente, conforme dispõem os parágrafos do art. 1º. da referida lei³ (Mattos, 2025, p.76).

Ademais, segundo prevê o § 1º. do art. 11, nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), promulgada pelo Decreto nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, “somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade” (Brasil, 2006)

O Brasil é signatário de diversos tratados e convenções internacionais, entre os quais se destaca a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (CNUCC), conforme supracitada. A

3 Art. 1º. da LIA. O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. § 1º. Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º., 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. § 2º. Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º., 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. § 3º. O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

CNUCC, em especial, promove um compromisso global para o combate à corrupção de maneira integrada, fazendo com que países cooperem entre si em diversas frentes, seja através do compartilhamento de informações, do fortalecimento de legislações nacionais ou da promoção de melhores práticas.

Há mecanismos previstos na CNUCC a serem incorporados internamente na legislação dos países signatários desta convenção, como a criminalização de atos corruptos⁴ e a promoção de medidas preventivas. São exemplos destes mecanismos: artigo 5, políticas e práticas de prevenção da corrupção; artigo 6, órgãos de prevenção à corrupção; artigo 8, Códigos de conduta para funcionários públicos; artigo 9, Contratação pública e gestão da fazenda pública; entre outros, são diretamente refletidos nas novas diretrizes nacionais – inclusive na redação da lei que reformou a Lei de Improbidade Administrativa.

Essas diretrizes da CNUCC favorecem a criação de um ambiente normativo que suporte e necessite de uma atuação cooperativa entre nações e agências locais. Nesse sentido, é imprescindível a análise de como esses tratados influenciam a implementação das políticas anticorrupção no Brasil.

Um dos motivos da importância da cooperação internacional é a falta de harmonização legislativa entre os diferentes estados envolvidos na cooperação internacional. Na linha do mencionado, o ex-procurador-geral da República Rodrigo Janot escreve em “Temas de cooperação internacional” que “a falta de harmonização legislativa entre diferentes jurisdições é um dos maiores impedimentos à efetividade da cooperação internacional, exigindo uma abordagem mais integrada e colaborativa no combate à corrupção” (Barros et al., 2015, p. 29). Essa desarmonia legislativa não apenas dificulta a troca de informações, mas também cria um ambiente propício para a impunidade, por isso a importância da CNUCC.

Além disso, a cooperação internacional tem como um de seus principais legitimados para sua promoção o Ministério Público Federal (MPF) no Brasil. A linha de atuação, que vai desde a prevenção e investigação de atos de corrupção até a sanção de responsáveis, pode ser analisada através da aplicação dos mecanismos de monitoramento e responsabilidade internacional.

Janot escreve que, como titular constitucional da ação penal⁵, o Ministério Público é vocacionado a atuar de forma decisiva dos atos tendentes à concretização das convenções

4 Artigo 34 da CNUCC. Consequências dos atos de corrupção: Com a devida consideração aos direitos adquiridos de boa-fé por terceiros, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para eliminar as consequências dos atos de corrupção. Neste contexto, os Estados Partes poderão considerar a corrupção um fator pertinente em procedimentos jurídicos encaminhados a anular ou deixar sem efeito um contrato ou a revogar uma concessão ou outro instrumento semelhante, o adotar qualquer outra medida de correção.

5 Art. 129 da CF/88. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (Brasil, 1988).

internacionais contra corrupção, seja no plano interno quanto no externo, sem prejuízo das competências de outros órgãos, tanto na esfera penal (como a atividade do Departamento de Polícia Federal na investigação criminal e do Ministério da Justiça nas extradições, por exemplo) quanto na administrativa (como a da Controladoria-Geral da União, relativamente à prevenção e repressão da corrupção no Poder Executivo federal). (Barros, 2015, p. 182)

Porém, os desafios que a cooperação internacional enfrenta no contexto da legislação brasileira sobre improbidade administrativa são multifacetados. Questões como a falta de integração entre os diferentes órgãos de controle, a necessidade de capacitação de agentes públicos e a resistência cultural à transparência ainda são barreiras significativas. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), criada em 2003, já manifestava a importância da colaboração entre entidades públicas e privadas na luta contra a corrupção.

2.1 Os Tratados Internacionais Contra a Corrupção e Cooperação Internacional no Combate

O combate à corrupção é uma prioridade crescente na agenda global, refletindo o reconhecimento de que a corrupção não é uma questão apenas interna a cada nação, mas sim um fenômeno transnacional que demanda ações coordenadas e eficazes entre os países. Em um cenário de globalização, a corrupção se revela não apenas como um obstáculo ao desenvolvimento sustentável, mas também como um fator que compromete a confiança nas instituições democráticas e na governança.

Neste contexto, estabeleceremos um diálogo entre os tratados internacionais de combate à corrupção e a nova Lei de Improbidade Administrativa do Brasil, que visa ampliar as medidas de responsabilização e integridade na administração pública.

A Lei nº 14.230/2021 foi introduzida com o propósito de reformular a legislação brasileira referente à improbidade administrativa e à ética pública, criando uma base legal mais robusta para a punição de práticas corruptas. Ao analisar como essa nova legislação dialoga com instrumentos internacionais, busca-se entender as implicações dessa interação para a efetividade das políticas de combate à corrupção no Brasil.

Um dos principais tratados internacionais que norteiam ações de combate à corrupção é a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (CNUCC), ratificada pelo Brasil em 2005. Esta convenção estabelece um marco normativo para a implementação de medidas anti-corrupção em diversas áreas, incluindo prevenção, criminalização e cooperação internacional⁶.

6 Artigo 43 da CNUCC. Cooperação internacional.1. Os Estados Partes cooperarão em assuntos penais conforme o disposto nos Artigos 44 a 50 da presente Convenção. Quando proceda e estiver em consonância com seu ordenamento jurídico interno, os Estados Partes considerarão a possibilidade de prestar-se assistência nas investigações e procedimentos correspondentes a questões civis e administrativas relacionadas com a corrupção.2. Em questões de cooperação internacional, quando a dupla incriminação seja um requisito, este se considerará

A CNUCC não apenas define padrões globais, mas também cria a possibilidade de que os países se comprometam a implementar suas disposições em suas legislações nacionais, promovendo uma estratégia coletiva no enfrentamento desse crime.

A eficácia da implementação da Lei nº. 14.230/2021 pode ser ampliada pelo alinhamento aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Além disso, a CNUCC prevê a criação e fortalecimento de órgãos de controle superior para alcançar os objetivos da Convenção e de mecanismos de participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais para prevenção a corrupção⁷. A assistência mútua também é prevista nessa Convenção.

A cooperação internacional surge como uma ferramenta essencial para enfrentar a corrupção e promover a *accountability* nas administrações públicas. Para que a cooperação internacional seja efetiva, é necessário superar desafios significativos, que variam desde a proteção de dados e a soberania até as disparidades nas legislações entre diferentes países. Esses obstáculos podem dificultar não apenas a troca de informações, mas também a efetiva responsabilização de indivíduos em diferentes jurisdições.

Neste sentido, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) desempenha um papel crucial na coordenação das ações de diversos órgãos do governo e na articulação com as diretrizes internacionais.

A ENCCLA busca integrar não apenas a legislação interna, mas também as práticas recomendadas por tratados internacionais em um esforço conjunto para fortalecer a combatividade a práticas corruptas. A adoção de boas práticas internacionais e a capacitação de agentes públicos são essenciais para que a mudança na legislação se traduza em resultados palpáveis no combate à corrupção.

Entre os principais desafios da cooperação internacional no combate à corrupção está o fortalecimento das instituições locais. Num cenário em que as legislações variam significativamente, é preciso considerar como as capacidades de investigação e de implementação

cumprido se a conduta constitutiva do delito relativo ao qual se solicita assistência é um delito de acordo com a legislação de ambos os Estados Partes, independentemente se as leis do Estado Parte requerido incluem o delito na mesma categoria ou o denominam com a mesma terminologia que o Estado Parte requerente (Brasil, 2006).

- 7 Artigo 6 da CNUCC. Órgão ou órgãos de prevenção à corrupção: 1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, garantirá a existência de um ou mais órgãos, segundo procede, encarregados de prevenir a corrupção com medidas tais como: a) A aplicação das políticas as quais se faz alusão no Artigo 5 da presente Convenção e, quando proceder, a supervisão e coordenação da prática dessas políticas; b) O aumento e a difusão dos conhecimentos em matéria de prevenção da corrupção. 2 Cada Estado Parte outorgará ao órgão ou aos órgãos mencionados no parágrafo 1 do presente Artigo a independência necessária, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, para que possam desempenhar suas funções de maneira eficaz e sem nenhuma influência indevida. Devem proporcionar-lhes os recursos materiais e o pessoal especializado que sejam necessários, assim como a capacitação que tal pessoal possa requerer para o desempenho de suas funções. 3. Cada Estado Parte comunicará ao Secretário Geral das Nações Unidas o nome e a direção da(s) autoridade(s) que possa(m) ajudar a outros Estados Partes a formular e aplicar medidas concretas de prevenção da corrupção. (Brasil, 2006)

das normas anticorrupção podem ser ampliadas em cada país. Ao mesmo tempo, é fundamental promover uma cultura de transparência e integridade que permita que os cidadãos confiem nas suas instituições e exijam padrões elevados de conduta pública.

A integração de normas internacionais pode ser um catalisador para essa transformação cultural, ao estabelecer um ambiente ético que não seja apenas a favor das normas legais, mas que reflita um entendimento mais profundo sobre a importância da integridade na administração pública.

2.2 O Papel da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção na Nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 14.230/2021)

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429/92⁸) foi alterada há 4 anos pela Lei nº. 14.230/2021⁹, representando um dos mais significativos marcos legislativos recentes no ordenamento jurídico brasileiro. Esta reforma não pode ser compreendida como um fenômeno puramente doméstico: ela se insere em um contexto mais amplo de combate transnacional à corrupção, fortemente influenciado por tratados e convenções internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é signatário.

A Lei de Improbidade Administrativa classifica os atos de improbidade administrativa em três modalidades distintas – atos que: a) importam enriquecimento ilícito (art. 9º.¹⁰); b) causam prejuízo ao erário (art. 10¹¹); e c) atentam contra os princípios da administração pública (art. 11¹²) (Brasil, 1992). Em razão de sua prática, Valerio Mazzuoli (Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMT) e Landolfo Andrade (Professor de Interesses Difusos e Coletivos nas Escolas do MP-SP e MP-SC) escrevem no artigo intitulado “Incorporação das convenções de combate à corrupção no direito brasileiro e a Lei de Improbidade Administrativa” que a lei comina sanções: a) políticas; b) civis; e c) administrativas.

Além disso, conforme os professores, “a LIA definiu os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade, tratou dos procedimentos investigatórios desses atos e regularizou a ação civil de

8 Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências (Redação dada pela Lei nº. 14.230, de 2021) (Brasil, 1992).

9 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 (Brasil, 2021).

10 Art. 9º., *caput*, da LIA. Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, [...] (Brasil, 1992).

11 Art. 10, *caput*, da LIA. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, [...] (Brasil, 1992).

12 Art. 11, *caput*, da LIA. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, [...] (Brasil, 1992).

improbidade administrativa” (Mazzuoli; Andrade, 2024, p. 197). A LIA dispôs também sobre:

a) declaração de bens (art. 13¹³); b) prescrição (art. 23¹⁴); e c) infração penal (arts. 12¹⁵, 19¹⁶, 20¹⁷, 21¹⁸ e 22¹⁹) (Brasil, 1992).

A influência das convenções internacionais na Nova Lei de Improbidade Administrativa é perceptível em diversas de suas inovações, que reconfiguraram o processo de improbidade sob uma ótica mais alinhada aos padrões internacionais de devido processo legal.

Uma das alterações mais debatidas foi a exigência de dolo específico²⁰ para a configuração do ato de improbidade. O art. 1º. da Lei de Improbidade Administrativa passou a dispor em seus parágrafos que atos de improbidade administrativa são “as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º., 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais”, sendo que “o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa” (§§ 1º. e 3º. – Brasil, 1992).

Essa mudança, embora polêmica, pode ser interpretada como um alinhamento a um sistema sancionador mais garantista, o qual visa punir a conduta intencional e desonesta, evitando-se a responsabilização por meros erros de gestão. Essa maior precisão na tipificação da conduta ilícita dialoga com os princípios de legalidade e culpabilidade, necessários ao direito processual fundamental.

Outro ponto de clara influência internacional é a institucionalização do acordo de não persecução cível (ANPC), através da inclusão do art. 17-B. O dispositivo prevê a possibilidade de o

13 Art. 13, *caput*, da LIA. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza, que tenha sido apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente (Brasil, 1992).

14 Art. 23, *caput*, da LIA. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência (Brasil, 1992).

15 Art. 12, *caput*, da LIA. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [...] (Brasil, 1992).

16 Art. 19, *caput*, da LIA. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente. Pena: detenção de seis a dez meses e multa (Brasil, 1992).

17 Art. 20, *caput*, da LIA. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória (Brasil, 1992).

18 Art. 21, *caput*, da LIA. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I- da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e às condutas previstas no art. 10 desta Lei; II- da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (Brasil, 1992).

19 Art. 22, *caput*, da LIA. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta Lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14 desta Lei, poderá instaurar inquérito civil ou procedimento investigativo assemelhado e requisitar a instauração de inquérito policial (Brasil, 1992).

20 Art. 1º., § 2º., da LIA. Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente (Brasil, 1992).

Ministério Público²¹ – conforme as circunstâncias do caso concreto – celebrar o mencionado acordo, desde que advenham, ao menos, os resultados previstos em seus incisos: “I- o integral ressarcimento do dano”; e “II- a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados” (Brasil, 1992).

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), promulgada no Brasil através do Decreto nº. 5.687/2006²², já previa a possibilidade de se considerar a adoção de medidas alternativas à persecução penal em determinados casos de corrupção: em seu artigo 37, disciplina a “Cooperação com as autoridades encarregadas de cumprir a lei”.

O parágrafo 3 do dispositivo prevê que cada Estado parte considerará a possibilidade de prever – em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna – a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados segundo a Convenção (Brasil, 2006).

Em conformidade com o que a advogada Érika Karine Santos escreve em seu artigo intitulado “O Papel da Convenção de Mérida na Reforma da Lei de Improbidade Administrativa e a Possibilidade de Consensualidade por meio do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC)”, a formalização de um ANPC possibilita que devolva aos cofres públicos os bens subtraídos indevidamente de forma célere, amplia vertiginosamente o escopo das investigações de esquemas de corrupção, ao elucidar a cadeia de agentes envolvidos nas formações ilícitas, e ainda previne a ocorrência de novos atos ilícitos, ao estipular medidas rígidas para os agentes envolvidos em tais delitos (Santos, 2023, p. 177).

Ademais, a própria sistemática da LIA, ao tratar das sanções aplicáveis, busca uma maior proporcionalidade e individualização, princípios que são igualmente defendidos nas convenções como forma de garantir a justiça e a adequação da resposta estatal ao ilícito.

Contudo, Mazzuoli e Andrade colocam como questão o descompasso da Nova LIA com as obrigações assumidas pela República Federativa do Brasil nas convenções internacionais de combate à corrupção ratificadas pela nação, especialmente com aquelas constantes da CNUCC – também conhecida como Convenção de Mérida.

Conforme os professores, os Estados-partes poderão adotar, internamente, medidas mais restritivas ou severas do que as previstas na CNUCC, objetivando prevenir e combater a corrupção, mas estão proibidos de adotar medidas mais brandas – tal se dá em razão da aplicação do princípio

21 Contudo, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs. 7.042 e 7.043, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que entes públicos que tenham sofrido prejuízos em razão de atos de improbidade também estão autorizados a propor ANPC em relação a esses atos (Brasil, 2022).

22 Decreto nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 (Brasil, 2006).

da vedação do retrocesso. Porém, muitas das normas inseridas pela Lei nº. 14.230/2021 aparentam ser mais brandas do que as regras da mencionada Convenção, ao que, *a priori*, o seu exame não passaria intacto ao controle de convencionalidade (Mazzuoli; Andrade, 2024, p. 199).

Conforme prevê o art. 11, § 1º, da LIA, somente haverá improbidade administrativa em atos que atentam contra os princípios da administração pública quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade – isso nos termos da CNUCC (Brasil, 1992).

Nesta Convenção, conforme Mazzuoli e Andrade, essa finalidade especial (“intenção de obter um proveito indevido, para si ou para outrem”) só é exigida para a configuração do abuso de funções – ato de corrupção tipificado em seu artigo 19²³ –, que guarda semelhanças com o ato de improbidade administrativa ofensivo aos princípios da administração pública.

Para os outros tipos de corrupção descritos na CNUCC – nestes incluídos os ilícitos de enriquecimento ilícito (artigo 20²⁴) e malversação ou peculato (artigo 17²⁵), análogos às modalidades de improbidade previstas nos já mencionados arts. 9º. e 10 da LIA – não se exige qualquer finalidade especial. “Em outras palavras, dos 11 tipos de corrupção descritos na Convenção, apenas um (abuso de funções) exige, para além do dolo, o elemento subjetivo especial do tipo para sua configuração” (Mazzuoli; Andrade, 2024, p. 201).

Destaca-se que a própria CNUCC, em seu artigo 28 (“Conhecimento, intenção e propósito como elementos de um delito”), dispõe que o conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas (Brasil, 2006). Segundo Mazzuoli e Andrade, o fim de obter proveito ou benefício indevido, referido no art. 11, §§ 1º. e 2º., da LIA, também se interpretaria em um sentido atributivo-normativo.

Nesse sentido, conforme os professores, bastaria identificar objetivamente a conduta e demonstrar que a ocorrência do resultado (“obter proveito ou benefício indevido para si ou para

23 Artigo 19 da CNUCC. *Abuso de funções*. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o abuso de funções ou do cargo, ou seja, a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade (Brasil, 2006).

24 Artigo 20 da CNUCC. *Enriquecimento ilícito*. Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele (Brasil, 2006).

25 Artigo 17 da CNUCC. *Malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público*. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, a malversação ou o peculato, a apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens, fundos ou títulos públicos ou privados ou qualquer outra coisa de valor que se tenham confiado ao funcionário em virtude de seu cargo (Brasil, 2006).

outra pessoa ou entidade” – Brasil, 1992) é algo provável, para que se caracterizasse o elemento subjetivo especial do tipo (Mazzuoli; Andrade, 2024, p. 204).

Os autores concluem o trabalho afirmando que as convenções internacionais-paradigma de combate à corrupção que a República Federativa do Brasil é signatária passam a ser considerados importantes *standards* de controle da convencionalidade das normas infraconstitucionais, entre as quais merece destaque a Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Lei nº. 8.429/92) após a reforma promovida pela Lei nº. 14.230/2021 (Mazzuoli; Andrade, 2024, p. 205).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da relação entre a reforma da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), promovida pela Lei nº. 14.230/2021, e os tratados internacionais de combate à corrupção, especialmente a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), evidencia um cenário normativo complexo, marcado por avanços pontuais e desafios significativos.

Embora a nova legislação tenha introduzido mecanismos de modernização e de racionalização da responsabilização por atos de improbidade — como a exigência de dolo específico, a possibilidade de celebração de acordos de não persecução cível e o reforço aos princípios do devido processo legal —, parte dessas inovações pode ser interpretada como tensionadora dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

A pesquisa demonstrou que há uma convergência parcial entre os objetivos da CNUCC e as diretrizes da Nova LIA, sobretudo no que se refere à busca por maior efetividade na prevenção e repressão à corrupção. Contudo, verificou-se também que certos dispositivos da nova lei, ao elevarem o padrão de culpabilidade exigido para caracterização da improbidade e ao estabelecerem condicionantes mais restritivas para a responsabilização dos agentes públicos, podem representar um retrocesso incompatível com os parâmetros internacionais — contrariando, inclusive, o princípio da vedação ao retrocesso em matéria de proteção de direitos fundamentais e de integridade pública.

Nesse sentido, a compatibilização entre a Lei nº. 14.230/2021 e a CNUCC deve ser orientada por um controle de convencionalidade rigoroso, que assegure que as normas infraconstitucionais estejam em conformidade com os tratados internacionais em vigor e com os princípios constitucionais da moralidade, eficiência e legalidade administrativa.

A cooperação internacional, mais do que um imperativo técnico, se revela como um pilar normativo e ético para a construção de uma administração pública íntegra, transparente e comprometida com o interesse coletivo.

Conclui-se que o enfrentamento à improbidade administrativa não pode prescindir de uma

abordagem integrada entre direito interno e normas internacionais. Para tanto, é essencial o fortalecimento institucional dos órgãos de controle, a valorização da cultura de integridade e o aprofundamento do diálogo entre os sistemas jurídico, político e social.

Somente assim será possível assegurar que a legislação brasileira não apenas se alinhe formalmente aos compromissos internacionais, mas também produza efeitos concretos na construção de um Estado democrático de direito efetivo, responsável e legítimo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O status normativo das convenções de combate à corrupção**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-22/andrade-mazzuoli-convencoes-combate-corrupcao/>. Acesso em: 08 jun. 2025.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. **Temas de cooperação internacional**. Unidade de cooperação internacional do Ministério Público Federal. Brasília: MPF, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº. 3.678, de 30 de novembro de 2000. **Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997**. Brasília: DOU, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em: 07 abr. 2025.

BRASIL. Decreto nº. 4.410, de 07 de outubro de 2002. **Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c"**. Brasília: DOU, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 07 abr. 2025.

BRASIL. Decreto nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003**. Brasília: DOU, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 07 abr. 2025.

BRASIL. Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências (Redação dada pela Lei nº. 14.230, de 2021)**. Brasília: DOU, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 23 jun. 2025.

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: DOU, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1. Acesso em: 07

abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 7.042/DF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 31 ago. 2022. Brasília: DJe, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635>. Acesso em: 25 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 7.043/DF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 31 ago. 2022. Brasília: DJe, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315955>. Acesso em: 25 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF decide que entes públicos interessados podem propor ação de improbidade administrativa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=493313&ori=1>. Acesso em: 25 jun. 2025.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)**. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>. Acesso em: 30 jul. 2025.

CUNHA, Rogério Sanchez; SOUZA, Renee do Ó. **Lei Anticorrupção Empresarial**. 5. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Improbidade administrativa: Reflexões à luz da Lei nº 14.230/2021**. Brasília: Edições Câmara, 2025.

MAZZUOLI, Valerio; ANDRADE, Landolfo. Incorporação das convenções de combate à corrupção no direito brasileiro e a Lei de Improbidade Administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 283, n. 3, p. 179-206, 2024, Rio de Janeiro. *Recurso eletrônico online*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2024. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/89876/86742>. Acesso em: 08 jun. 2025.

SANTOS, Érika Karine. O Papel da Convenção de Mérida na Reforma da Lei de Improbidade Administrativa e a Possibilidade de Consensualidade por meio do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC). In: **Revista do MPC-PR**, v. 10, n. 18, p. 165-179, 2023, Curitiba. *Recurso eletrônico online*. Curitiba: Ministério Público de Contas do Estado do Paraná, 2023. Disponível em: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/144/116>. Acesso em: 08 jun. 2025.

TAVARES, Werbster Campos. O Sistema Interamericano de Combate à Corrupção e os Atos de Improbidade Administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 9, n. 2, p. 38-52, 2023, Florianópolis. *Recurso eletrônico online*. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2023. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/10125/pdf>. Acesso em: 08 jun. 2025.

VIOLADA, Ana Clara Baggio; OKADA, Vinicius Hiudy. Independência das instâncias e improbidade administrativa: conflitos e implicações da Lei 14.230/2021. In: **Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**, XIII, p. 207-224, 2024, Jacarezinho. *Recurso eletrônico online*. Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2024. Disponível em: <https://siacrid.com.br/2024/publico/anais-do-xiii-simposio-de-analise-critica-do-direito.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2025.

GARANTISMO CONSTITUCIONAL: PROJETOS LEGISLATIVOS E OS DESAFIOS DAS ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Matheus das Neves VIDAL¹
João Pedro Gindro BRAZ²

RESUMO

O presente artigo analisa as alterações constitucionais decorrentes de emendas e sua efetiva repercussão na sociedade, com especial atenção à mutação constitucional sob os aspectos formal e, sobretudo, material. Discute-se, nesse contexto, a constitucionalidade de determinados projetos legislativos, considerando o expressivo número de modificações implementadas na Constituição brasileira, a despeito de seu caráter rígido quanto ao processo de alteração. O estudo justifica-se pela relevância do tema para a segurança jurídica, bem como pelo impacto direto dessas transformações no funcionamento das instituições e na vida dos cidadãos, que se veem constantemente influenciados pelas mudanças na Carta Magna. A pesquisa utiliza o método dedutivo, com base em livros, artigos científicos, projetos de lei e legislação pertinente, buscando promover uma reflexão crítica e aprofundada acerca do tema. Entende-se que as sucessivas alterações na Constituição Federal, assim como as mutações desproporcionais em sentido material, podem comprometer a supremacia constitucional, gerando riscos significativos à coerência, estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo. Constitucional. Supremacia. Mutação. Constituição.

ABSTRAC

This article analyzes constitutional changes resulting from amendments and their impact on society, with special attention to constitutional change from both formal and, above all, substantive aspects. In this context, the constitutionality of certain legislative proposals is discussed, considering the significant number of modifications implemented in the Brazilian Constitution, despite its rigid nature regarding the amendment process. The study is justified by the topic's relevance to legal certainty, as well as the direct impact of these transformations on the functioning of institutions and the lives of citizens, who are constantly influenced by changes to the Constitution. The research uses the deductive method, based on books, scientific articles, bills, and relevant legislation, seeking to promote critical and in-depth reflection on the topic. It is understood that successive changes to the Federal Constitution, as well as disproportionate substantive changes, can compromise constitutional supremacy, generating significant risks to the coherence, stability, and predictability of the national legal system.

KEYWORDS: Guarantee. Constitutional. Supremacy. Mutation. Constitution.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a análise científica do Direito e do Processo Constitucional, enfocando a evolução do Estado e do constitucionalismo, bem como as transformações contemporâneas no texto constitucional brasileiro. Particular atenção é dedicada ao

1 Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail matheusvidal@toledoprudente.edu.br

2 Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP, docente do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP e advogado.

estudo do Estado de Direito e do garantismo constitucional, com ênfase nas alterações constitucionais em seus aspectos formal e material, avaliando seus reflexos jurídicos, sociais e políticos.

Apesar da rigidez do sistema de emendas estabelecido pela Constituição Federal de 1988, observa-se um número expressivo de modificações constitucionais. Tal fenômeno suscita questões relevantes acerca da legitimidade e adequação dessas alterações, que demandam uma análise dual: por um lado, sob o foco formal, que contempla o processo legislativo, incluindo a iniciativa, o quórum necessário e os procedimentos de votação; por outro, sob o enfoque material, que examina a finalidade, o conteúdo e os impactos dessas emendas na ordem jurídica, na garantia dos direitos fundamentais e na estrutura democrática. Essa dualidade evidencia uma problemática atual, na qual o formalismo pode ser utilizado de maneira a legitimar mudanças que, em seu conteúdo, se mostram contrárias ao espírito e à substância constitucional, gerando tensões significativas entre os princípios democráticos e o respeito à Constituição.

O trabalho inicia-se com a abordagem dos conceitos fundamentais de constitucionalismo, Constituição e Estado de Direito, explorando a historicidade desses elementos e sua importância para a compreensão do contexto das alterações constitucionais. Em seguida, o estudo se volta para a análise da rigidez constitucional, suas características principais e sua conexão com o garantismo constitucional, que visa proteger os direitos fundamentais contra alterações arbitrárias ou desproporcionais.

Posteriormente, o controle de constitucionalidade é detalhado, incluindo suas diversas formas e mecanismos, que servem como instrumento essencial para a manutenção da supremacia da Constituição diante das mudanças legislativas. Tal análise é fundamental para compreender o processo de mutação constitucional, tanto em seu sentido formal (alterações procedimentais e formais no texto), (quanto em seu sentido material) transformações substanciais que afetam a essência das normas constitucionais.

O trabalho também dedica-se ao exame crítico de emendas constitucionais polêmicas, que suscitam debates acerca de sua conformidade formal e material, com o intuito de evidenciar os desafios enfrentados pelo ordenamento jurídico frente a tais alterações.

A pesquisa utiliza o método dedutivo, baseando-se em obras de referência de autores consagrados no campo do Direito Constitucional, artigos acadêmicos relevantes, além de dados e informações extraídas de fontes oficiais, como os portais do Supremo Tribunal Federal, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Por fim, destaca-se a importância social e jurídica do tema abordado, pois compreender as alterações constitucionais sob uma ótica crítica e fundamentada é essencial para assegurar a

estabilidade, a coerência e a legitimidade do ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se, assim, proporcionar ao leitor uma visão aprofundada e reflexiva sobre os processos de mutação constitucional, incentivando debates e contribuições para o aprimoramento da democracia e do Estado de Direito no país.

2 CONSTITUCIONALISMO, CONSTITUIÇÃO E ESTADO DE DIREITO

Preliminarmente, é necessário brevemente adentrar na historicidade da sociedade e ordenamento jurídico constitucional. Nota-se que nos primórdios sociais, o individualismo era intrínseco não sendo perceptível a existência social, porém, ao passar do tempo, os seres humanos formaram famílias e tribos, dando início as sociedades primitivas as quais a única lei vigente era a do “mais forte”, e por derradeiro estas organizações não se desenvolviam com a supremacia de leis, normas, regras e princípios, pois a barbárie se tornara presente.

Em seguida, surgiram as leis atribuídas a divindades superiores, em que os chefes religiosos eram os detentores das regras e legislações, fazendo surgir religiões com crenças em diversos deuses ou em apenas um Deus a qual se considera como sendo este último o monoteísmo.

O termo Constitucionalismo, apesar de consideravelmente recente, em sua etimologia possui por significado remetente a uma necessidade antiga, sendo está a de limitação do poder tirânico, caracterizando ensejo a supremacia legal superior.

Neste viés, prostrando-se necessário a criação de uma legislação suprema a fim de apaziguar os perigos do absolutismo tirânico, surge o constitucionalismo e em decorrência as constituições. O autor Sylvio Motta, dispõe que “O constitucionalismo foi uma luta do homem por liberdade em face do governo (na maior parte das vezes tirânico) e por um conjunto mínimo de direitos a serem respeitados não só pelos governos, mas também pelos concidadãos” (Motta, 2021, p.43). Alinhado a criação da sociedade, necessidades vitais para seu funcionamento dão ensejo a criação do Estado, alocando poderes para buscar atingir garantias jurídico sociais. Entretanto, a criação estatal não é sinônimo de democracia, conforme adiante será abordado.

Como marco inicial da criação de cartas constitucionais, a constituição dos Estados Unidos foi um dos primeiros documentos que deram início ao constitucionalismo moderno. Se teve com poucos artigos, limitando-se a explicar o funcionamento do Estado, mas em seguida foi acrescida emendas constitucionais que traziam direitos e garantias fundamentais.

Perpassado por início ao constitucionalismo e premissas do Estado, se teve então a origem das Constituições. Apesar de diversas em suas modalidades, possuem como escopo e semelhança a busca pelo funcionamento do Estado.

Como conceituação do termo Constituição, veja-se que a palavra possui origem no latim

constituere. Para Rodrigo Padilha “(...) a Constituição pode ser conceituada como a norma fundamental de organização do Estado que determina a divisão dos poderes políticos, os direitos e garantias fundamentais e a ordem social e econômica” (Padilha, 2019, p. 31).

É de se salientar que o Direito Constitucional é um ramo do direito público, pois visa a principal vertente é o estudo das constituições que regem o funcionamento do Estado. Como assevera Flávio Martins, “O Direito Constitucional surgiu como sendo uma disciplina, ramo do Direito Público, com o objetivo de estudar as normas e as instituições fundamentais associadas às Constituições.” (Martins, op.cit., p. 82).

Contemporaneamente, acerca do Estado, este tem características como sendo o povo, território e governo. Escassa parte da doutrina dispõe da finalidade como sendo uma característica. Para Sylvio Motta, “O Estado possui três dimensões: a humana, a geográfica e a político-administrativa. Ele surge com um povo, um território e um governo. Ainda vale acrescentar o direito e a finalidade para uma concepção mais completa de Estado” (Motta, loc.cit., p. 43).

Por derradeiro, alinhado os temas anteriores, verifica-se que o Constitucionalismo surge com a necessidade de desconcentração do poder, e em decorrência surge as Constituições como sendo cartas diretivas supremas. Ambos os temas são comboiados com o Estado que vem a ser aquilo que possui povo, território, governo e finalidade.

2.1 A Rigidez Sistemática Constitucional

Anos após o período marcado pelo totalitarismo da ditadura, foi promulgada a Constituição Federal de 1.988, sendo a que permanece em vigor no atual momento. É composta por seu modo escrito, rígido e promulgada. Contém cláusulas pétreas que não podem ser modificadas em sentido restritivo e tem por base os direitos sociais e a democracia. Ademais, é considerada o ponto inicial da redemocratização do Brasil.

Ao mesmo passo, relacionado ao Estado Democrático de Direito inserido no texto constitucional de 1988, a democracia passou a ser eminente no ordenamento jurídico, desde as eleições para os cargos executivos e legislativos até o processo legislativo de alteração a constituição.

Para a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen a constituição é classificada como o nível mais elevado ou como a norma hipotética fundamental, sendo suprema as demais normas presentes no ordenamento. Junto a esta teoria, conclui-se que no modo jurídico brasileiro a Constituição faz esse papel elevado e de modo dirigente, garantindo direitos com planos e metas de objetivação para melhorias no estado social.

Sobre a rigidez sistemática constitucional presente na atual carta de direitos brasileira,

torna-se caracterizado este sistema, devido ao grande processo de alteração legislativa com possibilidades diversas para a caracterização da inconstitucionalidade de artigos alterados.

As constituições são consideradas rígidas quando existe o árduo processo de alteração. Para André Ramos Tavares, (...) Texto Constitucional admite a possibilidade de sua alteração, e contempla, para tanto, um processo legislativo especial, mais dificultoso que aquele previsto para a alteração das leis em geral. Isso confere, ademais, a característica de rigidez à Constituição Federal. (Tavares, 2022, p. 489).

O processo mutacional da CF é elencado no art. 59, I, em que diz que, “O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição” e no art. 60 “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta” (CONSTITUIÇÃO, 1.988). Então, considera-se que, não são todos os assuntos que possuem o condão de serem alterados na Constituição, existindo restrição das cláusulas pétreas que não devem ser abolidas ou diminuídas, sendo estes presentes no art. 60, § 4º.

2.2 Garantismo Constitucional e Fundamental

Ao que tange o termo garantismo, veja-se que em sua etimologia, a palavra citada origina-se da adjacência garantir, ou seja, a busca de uma garantia. Alinhado isso a Constituição, a procura por esta garantia é entendível com a garantia a direitos e deveres que não devem ser alterados para menor no texto constitucional, devendo ser garantidos a população. A título de exemplo, o voto direto, secreto e universal ou os direitos e garantias individuais.

Para o autor Italiano Luigi Ferrajoli, acerca de garantismo:

Es formal, ante todo, el concepto de ‘paradigma constitucional’ o ‘garantista’. Como ya he adelantado, dicho paradigma equivale, en el plano teorico, al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que éstos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las produzidas por su ejercicio (Ferrajoli, 2006 p.42).³

Preliminarmente o garantismo é sinônimo de Direito Penal, ou seja, o garantismo seria o respeito máximo aos direitos fundamentais e processuais. Contudo, o mesmo conceito se aplica em termos constitucionais por clara necessidade do respeito a direitos de todo ser humano, respaldados na constituição. Ainda como conceituação de garantismo, para Guilherme Peña de

Moraes “A partir da consideração de que os direitos fundamentais incorporados pelas Constituições devem ser garantidos e satisfeitos concretamente” (Moraes, 2022, p. 17).

3 Tradução livre “Acima de tudo, o conceito de “paradigma constitucional” ou “garantia” é formal. Como já avancei, este paradigma equivale, no plano teórico, ao sistema de limites e vínculos substanciais, quaisquer que sejam, impostos a todos os poderes públicos por normas de grau hierarquicamente superior às produzidas pelo seu exercício”.

O Estado democrático de direito possui como balizas as discussões democráticas sobre os direitos e deveres, e com a o avanço de alterações sociais, eminentemente o texto constitucional deve seguir sendo amoldado ao passo de tais questões novas e atuais, contudo o garantismo constitucional deve promover o mantimento de direitos e garantias intrínsecos para a sociedade e ordenamento jurídico, visando o mantimento da dignidade humana.

Alinhado ao Estado democrático, são perceptíveis os princípios jurídicos fundamentais elencados no texto constitucional, é perceptível o princípio republicano e federativo (art. 1º caput). Além disso, a CF traz ainda os objetivos da República Federativa do Brasil, e sendo estes elencados no art. 3º a qual versa sobre uma sociedade livre, justa e solidaria; desenvolvimento nacional; mitigação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais; e por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminação.

Por direitos fundamentais, sua base é norteada pela máxima da dignidade humana, e como conceituação é possível verificar que:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

Os direitos fundamentais são conhecidos sob os mais diferentes rótulos, tais como direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas etc (Bulos, 2023, p. 271).

É de se explicar que os direitos fundamentais são divididos categorias descritas como gerações ou dimensões, totalizando cinco. Os termos “dimensões” são preferíveis pela doutrina do que os termos “gerações”, pois o ultimo termo remete que um direito passa por outro, mas em verdade, os direitos fundamentais se ajudam e ajustam mutuamente e por tal prerrogativa é mais utilizado o termo dimensões.

Os direitos fundamentais preliminares são aqueles relativos a vida, liberdade, segurança e propriedade. Após, a segunda dimensão é direcionada a direitos inerentes a cultura, economia e sociedade, sendo premissas positivas do Estado, ou seja, algo que o Estado deva garantir. Em seguida, os direitos de terceira dimensão são direitos difusos e coletivos, possuindo valores de igualdade e fraternidade. Os direitos de quarta dimensão são inerentes a mutações biológicas, biotecnologia e manipulação genética. Por fim, os direitos de quinta dimensão são relacionados a cibernética, internet, ou realidade virtual.

Ademais, é de frisar que os direitos fundamentais possuem a caracterização de relatividade acerca de sua aplicação e garantia, uma vez que, direitos são sobrepostos em determinadas situações e então é necessário que haja preponderarão, sopesamento e demais medidas para sua aplicação

garantidora.

Visto que, o garantismo visa a garantia a direitos fundamentais em um Estado democrático de Direito baseado em vetores, eminentemente é verificado que tais premissas são objetos de análise em casos de alterações constitucionais, pois as mutações possuem a possibilidade de afrontar tais questões.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico vigente brasileiro não dispõe de uma espécie de Código de Processo Constitucional, mas existe o controle de constitucionalidade. Tal controle funciona como um modo de defesa da organização do Estado contra atos deste mesmo, ou seja, protege o Estado contra aquilo que é versus sua máxima ordem diretiva, esta que é a Constituição funcionando como um centro de comando. Para o autor Paulo Hamilton Siqueira Júnior “O controle de constitucionalidade, como instituto de direito processual constitucional, é um instrumento necessário no Estado de Direito, na medida em que é o meio adequado para garantir os preceitos estabelecidos na Carta Magna de 1988” (Júnior, 2023. p. 32).

A verificação da constitucionalidade é amplamente necessária para a segurança jurídica, pois uma lei inconstitucional em vigor representa insegurança para todos. Neste interim, o controle de constitucionalidade é um meio de garantia e preservação de direitos básicos consagrados na CF. Ademais, as cláusulas pétreas não podem ser modificadas para sua mitigação ou abolição e desse modo devem ser verificadas no controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade poderá ser preventivo ou repressivo, sendo uma forma de não deixar entrar em vigor tudo que for contra preceitos fundamentais e contra a CF, ou ainda, retirando de vigência aquilo que é contra a Constituição.

Ao que tange o controle preventivo, este será feito pelos três poderes, não deixando uma lei ou norma inconstitucional adentrar no ordenamento jurídico. O executivo por exemplo poderá vetar um projeto legislativo, enquanto o legislativo poderá barrar um projeto por meio das comissões de constituição e justiça. O poder judiciário em regra não poderá interferir preventivamente na inconstitucionalidade de um projeto de lei, mas por exceção poderá impetrar mandado de segurança contra processos legislativos inconstitucionais.

Por derradeiro, o controle repressivo será feito em duas divisões, sendo o difuso e concentrado. Etimologicamente o nome difuso significa algo de modo aberto ou que se difunde, ou seja, é o controle que poderá ser feito por qualquer magistrado ou Tribunal que deverá examinar o dispositivo legal. Ao que tange o sistema concentrado será feito a análise constitucional do dispositivo em apenas alguns tribunais competentes para tal. O controle concentrado é feito nas

ações constitucionais.

Presume-se que tudo aquilo que está em vigor no sistema seja constitucional, pois passou pelo rito de aprovação e pelas comissões de constituição e justiça, conhecidas pela abreviatura CCJ feitas pelo legislativo ao propor uma lei ou alteração legal. Contudo, existem legislações que em sua aplicação tornam-se inconstitucionais. Como conceito de inconstitucional, Sylvio Motta assevera que inconstitucionalidade seria “a desconformidade do ato normativo primário ou da norma constitucional derivada com o conteúdo material da Constituição” (Motta, 2021, op.cit., p. 839).

A inconstitucionalidade pode ser dividida em dois tipos primários, sendo a formal e material ou atualmente denominadas por nomodinâmica e nomoestática respectivamente. A denominada material é quando seu conteúdo legal, seja em sentido total ou parcial como sendo contrário ao dispositivo constitucional.

A inconstitucionalidade material é identificada pelo vício na declaração prescritiva da norma infraconstitucional submetida ao controle de constitucionalidade, na medida em que aquela é provida de conteúdo diferente do preceituado na norma constitucional na qual deveria ter buscado o seu fundamento de validade. (Moraes, op.cit. p. 545).

Ainda como conceituação, o autor Pedro Lenza prepondera que (...) “o vício material, por ser um vício de matéria, de conteúdo, a ideia que passa é de vício de substância, estático ” (Lenza, 2022, p. 251).

Por inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica é a violação ao processo legislativo de elaboração da lei. Uma lei que passa de forma errônea pelo procedimento legislativo se torna inconstitucional por um vício de formalidade.

A inconstitucionalidade formal é individualizada pelo vício no procedimento (inconstitucionalidade formal propriamente dita) ou órgão competente (inconstitucionalidade orgânica) da norma infraconstitucional sujeita ao controle de constitucionalidade, uma vez que aquela foi produzida por procedimento ou órgão diverso do prescrito na norma constitucional na qual deveria ter encontrado o seu fundamento de validade. (Moraes, id. p. 545).

Derradeiramente, o processo constitucional visa assegurar a constitucionalidade de leis e normas e principalmente o respeito ao princípio da supremacia constitucional. Por conta desse pressuposto existem vários modos de averiguação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei inserida no ordenamento jurídico.

3.1 A Mutação Constitucional

Mutação constitucional remete a alteração na constituição, passando pelo rito processual constitucional para que esta alteração seja ocorrida, observando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade formal e material do objetivo de modificação, ou seja, o modo de alteração e a

alteração em si caminham juntos para que se tenha a mutação do texto constitucional.

A conceituação de mutação constitucional se dá em relação a necessidade de alteração legal, pois a sociedade, as relações sociais, econômicas e demais passam por modificações cotidianas e com isso, o texto constitucional deve acompanhar tais alterações, sendo isso um dos papéis do direito. Para a autora Denise Soares Vargas “O Direito, como instrumento de ordenação dos conflitos sociais e da política do Estado, para ser seguro exige uma relativa estabilidade, uma relativa linearidade, certa rigidez” (Vargas, 2014, p.29).

Na origem do denominado constitucionalismo moderno é visto que a escrita é uma de suas principais características, tendo consigo o poder constituinte originário. Segundo Paulo Henrique Lêdo Peixoto (...) o Poder Constituinte Originário sendo um poder criador é dotado das seguintes características: inicial, ilimitado e incondicionado e permanente (Peixoto, 2021, p. 22).

A fim de manter a atualização e compasso entre texto escrito constitucional e sociedade, é necessário a mutação constitucional por meio de emendas constitucionais, obedecendo as formalidades e a constitucionalidade de tal alternância.

A estabilidade do direito tenciona-se, portanto, com a realidade social que lhe serve como base para a imputação jurídica de fatos e valores. Uma das formas de o Direito acompanhar, em velocidade relativamente lenta, o descompasso entre o ser e o dever ser ocorre mediante processos revisionais na legislação, a exemplo das reformas empreendidas pelo Legislativo na Lei Constitucional do Estado, mediante a elaboração de emendas (VARGAS, 2014, p.29).

Na seara da mutação, existe modificações legais no texto da norma hipotética fundamental, bem como, existe alterações sem que se tenha modificações no texto escrito, sendo então as alterações de interpretação constitucional, ou seja, dar-se uma nova interpretação para determinado texto, sem dar nova roupagem a este.

A Constituição Federal de 1988 tem o condão de rigidez sistemática para sua alteração, devendo os projetos legislativos passarem por diversos modos de aferição de constitucionalidade, como as comissões de constituição e justiça, controle preventivo e inclusive repressivo de constitucionalidade da alteração legal. Em decorrência de tal rigidez sistemática, o modo interpretativo do texto alinhado as novas prerrogativas sociais é algo de se considerar como de suma importância.

Torna-se importante dizer ainda que Anna Candida da Cunha Ferraz divide as mutações em constitucionais e inconstitucionais, além de alterações em decorrência de costumes, interpretação judicial e por demais.

Oportuno ressaltar que, além do processo formal de alteração constitucional (por meio de emendas), há também um processo informal, que é denominado pela doutrina mutação constitucional (o texto constitucional vai se transmutando ao longo do tempo em decorrência dos costumes, da tradição, da interpretação judicial etc. sem, contudo, ocorrer alteração na forma como o texto constitucional foi originalmente escrito). (FERRAZ e

Em decorrência, a mutação constitucional passou a ser um tema de maior completude, adentrando no ordenamento jurídico brasileiro com diversos autores que se dedicam a estudar os fenômenos das alterações legais constitucionais, inconstitucionais e as alterações interpretativas.

4 EMENDAS CONSTITUCIONAIS E SEU REAL ALCANCE

Perpassado por modos históricos e explicativos da temática, a análise de emendas, projetos legislativos e decisões do STF possuem o condão de acuidade extrema para que se entenda a possibilidade da (in) supremacia constitucional.

De modo inicial, apesar da rigidez de alteração constitucional, existem mais de 130 emendas constitucionais na CFRB de 1988.

Além disso, apenas para fins exemplificativos, a PL relacionada ao aborto, PL relacionada a “saidinhas de presos” e PEC relacionada a anistia e demais são meros exemplos de projetos com condão constitucional dúbio.

4.1 EC n. 123/2022

A PEC nº 123 foi analisada sob diversas perspectivas, evidenciando-se seu caráter social ao instituir benefícios como auxílio gás, auxílio caminhoneiro e Auxílio Brasil, especialmente no contexto da pandemia de Covid-19, que gerou significativos impactos sociais e econômicos. Do ponto de vista formal, constatou-se a observância do rito constitucional, com votação adequada nas duas casas legislativas e o quórum necessário para sua aprovação, sem irregularidades no procedimento legislativo.

No entanto, sob o aspecto material, verifica-se potencial inconstitucionalidade, pois a promulgação ocorreu em ano eleitoral, o que pode comprometer os princípios da anterioridade eleitoral (art. 16 da CF) e da paridade de armas entre candidatos. A proposta também suscita questionamentos quanto à responsabilidade fiscal, ao prever situação de emergência sem critérios objetivos de definição e fiscalização. Ademais, ao afetar a liberdade e a isonomia do voto secreto — direito fundamental consagrado no art. 14 da Constituição —, a PEC revela possível desvio de finalidade e risco de influência indevida no processo democrático.

4.2 Exemplo da PEC n. 34/2023

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 34/2023 pretende alterar os artigos 3º e 5º da Constituição Federal para criminalizar a posse e o porte de qualquer quantidade de drogas,

estabelecendo pena de prisão. No contexto normativo, destaca-se a Lei nº 11.343/2006, que diferencia porte, posse e tráfico, prevendo, em seu art. 28, a aplicação de medidas socioeducativas ao usuário.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 635659 em 2024, delimitou a quantidade de até 40 gramas de cannabis sativa (maconha) como critério para caracterização do uso pessoal, fundamentando-se nos princípios constitucionais da intimidade e vida privada. Contudo, a decisão foi criticada por restringir-se apenas à maconha, sem considerar outras substâncias, e por avançar no debate sobre descriminalização.

A PEC 34/2023, que tramita no Congresso Nacional, surge como reação a essa decisão, defendendo a criminalização absoluta, sob o argumento de refletir a vontade popular. Essa proposição, entretanto, pode entrar em conflito com os direitos e garantias individuais consideradas cláusulas pétreas pelo art. 60 da Constituição.

O tema exige análise interdisciplinar, que equilibre valores fundamentais: de um lado, a proteção da intimidade e vida privada; de outro, a preservação da saúde pública e da ordem social. Trata-se, portanto, de ponderar até que ponto o interesse coletivo pode justificar restrições aos direitos individuais, especialmente em matéria tão sensível como a política de drogas.

5 CONCLUSÃO

Primordialmente, ao analisar o constitucionalismo, entende-se que seu objetivo é a limitação do poder em uma única mão, tendo então uma caracterização temporal antiga e que se aplica atualmente. Neste mesmo raciocínio, o termo constituição e estado de direito denota ao que atualmente se encontra na sociedade.

Ao adentrar no garantismo constitucional, tornou-se claro que, a constituição busca garantir a efetividade de direitos fundamentais e intrínsecos a dignidade humana, ou seja, a elevação da garantia a direitos incorporados pela carta magna. Além disso, amplamente associado a isso, a separação dos poderes se mostra inequívoca, sendo um pilar crucial para que por meio dos três poderes se possa fiscalizar os direitos a serem garantidos para a sociedade.

No mesmo interim, o processo mutacional constitucional, as formas que a carta pode ser alterada, passado pelo controle de constitucionalidade e suas formas, onde verificou-se o como a atual carta de direitos brasileiras possui rigidez mutacional, bem como, que não são todos os direitos que podem ser modificados, devendo se respeitar as cláusulas pétreas, por exemplo.

A verificação da constitucionalidade de dispositivos legais, emendas constitucionais e o modo preventivo feito pelos Comissões de Constituição de Justiça são meios que visam manter a ordem e segurança jurídica, mas apesar disso, projetos de emendas ou projetos legislativos podem

passar despercebidos de modo inconstitucional, ou serem aprovados de modo formalmente constitucional, mas materialmente inconstitucional.

Ao analisar propostas específicas, como a PEC nº 123/2022, observa-se sua relevância social, mas também o risco de violação do direito fundamental à não interferência no voto, indicando vulnerabilidades no aspecto material. Por sua vez, a PEC nº 34/2023, que propõe a alteração dos artigos 3º e 5º da Constituição para criminalizar a posse de qualquer quantidade de drogas, suscita debate acerca da descriminalização defendida pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciando um potencial conflito entre os poderes Legislativo e Judiciário, o que agrava a complexidade da matéria.

Frente a tais desafios, reconhece-se que as alterações legislativas são imprescindíveis para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, entretanto, devem respeitar não apenas os limites jurídicos formais, mas também os materiais, além de princípios éticos, morais e a ponderação equilibrada de valores. Como possível solução, sugere-se a criação de um órgão especializado, apartidário e composto por juristas de diversas áreas, destinado ao controle preventivo da constitucionalidade, sem interferências políticas.

Conclui-se, de forma científica, que muitos projetos legislativos atuais revelam discrepâncias entre seus objetivos declarados e seus efeitos reais, expondo riscos de inconstitucionalidade. O ordenamento jurídico e a sociedade são diretamente impactados por essas iniciativas e pelo uso indevido da Constituição para fins particulares, o que impõe a necessidade de limites rigorosos. As discussões acerca dos projetos e decisões analisados são essenciais e devem considerar não apenas os aspectos formais, mas também uma avaliação aprofundada do conteúdo material, assegurando que direitos fundamentais previstos no texto constitucional não sejam ultrapassados, tarefa essa que deve ser desempenhada por um órgão independente e tecnicamente qualificado.

Por fim, reafirma-se que o Direito transcende a mera aplicação legalista das normas, devendo perseguir como meta primordial a justiça e a dignidade humana, pilares fundamentais para todo jurista, e garantindo, assim, o efetivo garantismo constitucional.

O direito não visa apenas a aplicação das leis de modo estritamente legalista, devendo ter a busca primordial pela justiça e dignidade humana como preceitos fundamentais de todo jurista, visando por fim, o garantismo constitucional fundamental.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.
Brasília: Senado, 1988.

Brasil. **Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 633703.** Tema: 387 - Aplicabilidade imediata da Lei Complementar nº 135/2010, que prevê novas hipóteses de inelegibilidade, às eleições de 2010. Tese: A Lei Complementar 135/2010 não é aplicável às eleições gerais de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16da ConstituiçãoFederal).

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4003780&numeroProcesso=633703&classeProcesso=RE&numeroTema=387>. Acesso em: 14 out.2024.

BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo:** Editora Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553624788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 25 out. 2023.

BARROSO, Luis R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisdição.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786555598995. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598995/>. Acesso em: 23 ago. 2024.

BULOS, Uadi L. **Curso de direito constitucional.:** Editora Saraiva, 2023. *E- book*. ISBN 9786553624818. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624818/>. Acesso em: 30 dez. 2023. Acesso em: 30 dez. 2023

CAVALCANTI, Ana Beatriz Vanzoff Robalinho. **Mutação Constitucional. Origem, (Des)Construção e Justificação.** Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022021-163659/publico/8881294_Dissertacao_Original.pdf. Acesso em: 27 jul. 2024.

FILOMENO, José Geraldo B. **Teoria Geral do Estado e da Constituição:** Grupo GEN, 2019. *E-book*. ISBN 9788530986858. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986858/>. Acesso em: 01 mar. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia.**

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica .** Barueri: Editora Manole, 2015. *E-book*. ISBN 9788520446263. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520446263/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

JÚNIOR, Paulo Hamilton S. **Direito processual constitucional.:** Editora Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786555599626. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599626/>. Acesso em: 31 jan. 2024.

LENZA, Pedro. **Esquematizado - Direito Constitucional. :** Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553621596. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553621596/>. Acesso em: 31 jan. 2024.

MACHADO, Costa; FERRAZ, Anna Candida da C. **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo .** Barueri: Editora Manole, 2022. *E-book*. ISBN 9786555766554. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555766554/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional .** [Digite o Local da Editora]:

Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559772827. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772827/>. Acesso em: 05 jan. 2024.

MORAIS, Leandro Karnal, Sean Purdy, Luiz Estevam Fernandes, Marcus Vinícius de. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. : Editora Contexto, 2007. *E-book*. ISBN 9788572445283. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788572445283/>. Acesso em: 26 abr. 2024.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional** . [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553620575. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620575/>. Acesso em: 25 out. 2023.

MOTTA, Sílvio. **Direito Constitucional** . [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530993993. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993993/>. Acesso em: 25 out. 2023.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional** . [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2019. *E-book*. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 25 out. 2023.

PEIXOTO, Paulo Henrique L. **A Mutação Constitucional e o Supremo Tribunal Federal: Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2021. *E-book*. ISBN 9786555597882. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597882/>. Acesso em: 18 jul. 2024.

TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional** . [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555596915. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596915/>. Acesso em: 25 out. 2023.

VARGAS, Denise S. **Série IDP - linha de pesquisa acadêmica - Mutação constitucional via decisões aditivas, 1ª edição..** São Paulo: SRV Editora LTDA, 2014. *E-book*. ISBN 9788502209916. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502209916/>. Acesso em: 18 jul. 2024.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL NO PROCESSO PENAL: DESAFIOS E DIRETRIZES PARA A VALIDAÇÃO DA PROVA

Elimei Paleari do Amaral CAMARGO¹

Emanuele Giachini BOTELHO²

Marcos César BOTELHO³

RESUMO

A busca pela simulação da inteligência humana em máquinas é uma aspiração antiga, evoluindo desde a Grécia Antiga até os avanços vertiginosos da Inteligência Artificial (IA) contemporânea. O surgimento de ferramentas de IA Generativa, como o ChatGPT, em 2022, intensificou a capacidade de criar conteúdo indistinguíveis da realidade, tornando a IA uma parte integral da vida em sociedade com impactos em diversas áreas. Definida como uma ciência multidisciplinar que replica a inteligência humana em máquinas para tarefas que demandam habilidades como criatividade e atenção, a IA é capaz de processar grandes volumes de dados com velocidade e precisão superiores às humanas. No entanto, a crescente delegação de decisões importantes a algoritmos levanta desafios morais e jurídicos, uma vez que a IA é uma criação humana e, portanto, carrega vieses

- 1 Professora adjunta B 4 da Universidade Federal de Rondônia - UNIR, com trajetória acadêmica interdisciplinar entre o Direito e a Educação. Doutora em Educação pela UNIMEP/Piracicaba (2016), mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP- (2003) e graduada em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru- ITE- (1996). Exerceu a função de chefe de departamento de direito de março de 2023 a março de 2024. Atualmente realiza estágio pós-doutoral em Ciência Jurídica na UNEP, onde integra o grupo de pesquisa "Direito, Democracia e Novas Tecnologias".
- 2 Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual Norte do Paraná - UENP. Professora de Direito em Regime Especial (CRES) na UENP - Universidade Estadual Norte do Paraná, desde 07/2024. Pesquisadora integrante do Igualdade, Reconhecimento e Inclusão Social: Minorias e Grupos Vulneráveis - IRIS (endereço de acesso: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4411113930848069). Pesquisadora Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Novas Tecnologias da UENP. Professora Coordenadora do Projeto de Extensão "CARTILHAS DE INFORMAÇÃO DO PROGRAMA "EU ME PROTEJO" : CAPACITAÇÃO DE PROFESSORES DA EDUCAÇÃO INFANTIL E DOS PRIMEIROS ANOS DO ENSINO FUNDAMENTAL PARA ABORDAGEM DE TEMAS RELACIONADOS À PREVENÇÃO E COMBATE À VIOLÊNCIA INFANTIL" na UENP. Professora colaboradora do Projeto de Extensão "CARTILHAS DE INFORMAÇÕES SOBRE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: ESCLARECIMENTO AOS SERVIDORES DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ". Professora integrante da Comissão de Eventos da Uenp. Professora Coordenadora da comissão da IV Feira de Profissões 2025 da UENP no Campus de Jacarezinho/PR. Professora de Pós-graduação em Direito Previdenciário da UNOESTE - Campus de Jaú/SP. Advogada atuante desde 2004.
- 3 Matemático. Analista de Sistemas. Advogado. Doutor em Direito Constitucional no programa da Instituição Toledo de Ensino/Bauru-SP (2011). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2008). Membro da Associação Nacional de Advogados(as) do Direito Digital (ANADD). Membro da Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados (ANPPD). É professor adjunto vinculado ao programa de mestrado e de doutorado em ciências jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Foi Advogado da União - Advocacia-Geral da União, tendo atuado na Procuradoria Seccional da União em Campinas/SP, na Coordenação de Propositura de Ações Não Pró-ativas e de Acompanhamento de Ações Penais, Coordenação de Patrimônio Público e Coordenação Trabalhista na Procuradoria-Regional da União da 3 Região SP/MS e na Procuradoria-Seccional da União em Marília/SP. Foi Coordenador-Geral de Atos Normativos, Coordenador-Geral de Contencioso Judicial e Coordenador-Geral de Exame de Procedimentos Administrativos, todos na Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa. Foi consultor jurídico da delegação brasileira que participou da Convenção sobre Responsabilidade por atos criminosos por pessoal em missões de manutenção de paz - Report about sexual exploitation and abuse in United Nations peacekeeping operations, ocorrida em abril de 2007 nas Nações Unidas, em Nova Iorque. Foi delegado do Ministério da Defesa na 11 Conferência Nacional dos Direitos Humanos. Foi membro-suplente do Ministério da Defesa no Grupo de Trabalho formado pelos membros da Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CREDEN) e pela Advocacia-Geral da União instituído para elaborar proposta de tópicos que deverão constar de um Projeto de Lei para a Defesa da Soberania e do Estado Democrático de Direito. Aluno especial no programa de mestrado em matemática aplicada e computacional do IMECC/UNICAMP

inerentes, não sendo moralmente neutra. Especialmente em investigações e processos criminais, o uso da IA exige cautela para preservar direitos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa, pois os modelos de IA refletem objetivos e ideologias. Nesse sentido, a cadeia de custódia da prova é crucial para garantir a integridade, autenticidade e confiabilidade dos vestígios, e sua inobservância pode invalidar provas ilícitas. Complementarmente, a Portaria MJSP nº 961, de 24 de junho de 2025, visa regulamentar o uso de tecnologias e IA nas investigações criminais, reforçando a necessidade de conformidade com os princípios constitucionais e padrões técnicos como a ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013, garantindo a validação e segurança das provas digitais e a proteção dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial; cadeia de custódia; proteção constitucional; processo penal.

ABSTRACT

The pursuit of simulating human intelligence in machines is an ancient aspiration, evolving from Ancient Greece to the dizzying advances of contemporary Artificial Intelligence (AI). The emergence of Generative AI tools, such as ChatGPT, in 2022 intensified the ability to create content indistinguishable from reality, making AI an integral part of societal life with impacts in various areas. Defined as a multidisciplinary science that replicates human intelligence in machines for tasks requiring skills like creativity and attention, AI can process large volumes of data with speed and precision superior to human capabilities. However, the increasing delegation of important decisions to algorithms raises moral and legal challenges, as AI is a human creation and, therefore, carries inherent biases, not being morally neutral. Especially in criminal investigations and proceedings, the use of AI requires caution to preserve fundamental rights such as the right to be heard and a full defense, as AI models reflect objectives and ideologies. In this regard, the chain of custody of evidence is crucial to ensure the integrity, authenticity, and reliability of traces, and its non-observance can invalidate illicit evidence. Additionally, the MJSP Ordinance No. 961, of June 24, 2025, aims to regulate the use of technologies and AI in criminal investigations, reinforcing the need for compliance with constitutional principles and technical standards such as ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013, ensuring the validation and security of digital evidence and the protection of fundamental rights.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; chain of custody; constitutional protection; criminal procedure

1. INTRODUÇÃO

A ascensão da Inteligência Artificial (IA) representa um dos desenvolvimentos tecnológicos mais impactantes da contemporaneidade, remodelando as interações humanas e as estruturas sociais. Desde as primeiras concepções de máquinas capazes de imitar o pensamento humano, como a Automata, de Heron de Alexandria, e a máquina de Antikíthera, até os marcos modernos como o trabalho de Alan Turing e a Conferência de Dartmouth, onde o termo "inteligência artificial" foi criado, a humanidade tem explorado as fronteiras da automação e da inteligência mecânica.

Atualmente, a IA é amplamente compreendida como uma ciência multidisciplinar que visa replicar capacidades humanas como a inteligência, criatividade e tomada de decisões em sistemas

computacionais. A capacidade desses sistemas de processar e analisar volumes massivos de dados — o chamado big data — em velocidades e com precisão muito superiores às do ser humano, tem gerado ganhos exponenciais em diversas áreas, da saúde à segurança.

No entanto, o avanço vertiginoso da IA, exemplificado pelo surgimento de ferramentas de IA Generativa capazes de criar conteúdo altamente realistas, introduz uma complexa teia de desafios éticos e jurídicos. A delegação crescente de decisões importantes a algoritmos levanta questionamentos fundamentais sobre a moralidade e a neutralidade dessas escolhas, uma vez que a IA é uma construção humana e, como tal, incorpora vieses intrínsecos que não podem ser ignorados.

Em particular, a aplicação da IA em investigações e processos criminais coloca em risco a preservação de direitos fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a presunção de inocência, pois os modelos algorítmicos podem refletir ideologias e preconceitos.

Nesse contexto, torna-se imperativo analisar como o ordenamento jurídico, especialmente o processo penal brasileiro, está se adaptando a essa nova realidade tecnológica, visando garantir a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

A integridade da prova, especialmente a prova digital, assume um papel central. A cadeia de custódia da prova, agora formalmente definida e detalhada no Código de Processo Penal (Art. 158-B), é um requisito essencial para a validade da prova, garantindo sua autenticidade e inalterabilidade desde a coleta até o descarte. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reforçado a imperatividade da observância da cadeia de custódia, declarando a ilicitude de provas produzidas sem as devidas garantias epistêmicas, com o objetivo de coibir condenações injustas e limitar o arbítrio estatal.

Adicionalmente, a publicação da Portaria MJSP nº 961, de 24 de junho de 2025, marca um avanço significativo na regulamentação do uso de tecnologias, incluindo a IA, pelas forças de segurança no Brasil. Essa Portaria, alinhada com os princípios constitucionais e as normas técnicas como a ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013, estabelece diretrizes cruciais para a validação e segurança das provas digitais, buscando equilibrar a eficiência operacional com a proteção dos direitos fundamentais.

Diante desse cenário, o presente artigo busca explorar a intersecção entre o avanço da inteligência artificial e a proteção constitucional do processo penal, analisando os desafios impostos pela IA na produção e validação da prova, e destacando o papel fundamental da cadeia de custódia e das novas regulamentações para assegurar um uso justo, transparente e conforme os direitos humanos da tecnologia no âmbito da justiça criminal.

Registre-se, ainda, que o método utilizado nesta pesquisa foi descritivo, bibliográfico, de cunho dedutivo e, sem a pretensão de esgotar o tema, buscou-se contribuir para reflexão sobre esse

assunto tão relevante.

2. CONCEITO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A humanidade tem buscado há tempos criar máquinas capazes de simular a inteligência humana.

O matemático e engenheiro grego Heron de Alexandria (10 – 70 a.C) publicou a obra Automata em que fez descrições de máquinas que levavam a pessoas que as viam acreditar estar se deparando com atos dos deuses.

Em 1901 foi encontrado no mar a máquina de Antikíthera, um computador analógico da Grécia antiga, composta de um mecanismo complexo de engrenagens.

Desde épocas antigas, especialmente entre os gregos, a ideia de criar humanos artificiais não era uma ideia incomum, havendo a descrição do deus Hefesto sendo auxiliado por servas feitas de ouro, com aparência de mulheres (COEKELBERG, 2023, p. 27).

Juntamente com Gordon Welchman, Alan Turing desenvolveu em Bletchely Park a “Bombe”, que foi uma máquina eletromecânica que automatizava a busca pelas configurações corretas da máquina Enigma, o que permitiu a quebra dos códigos da máquina nazista.

Nos últimos anos as pesquisas e o avanço dos modelos de inteligência artificial reposicionaram a IA no cotidiano da vida humana, com o desenvolvimento de inúmeras ferramentas que fazem uso da inteligência artificial para o uso de pessoas nas mais diversas atividades, dispensando conhecimentos técnicos ou específicos para a sua manipulação.

A IA se tornou parte da vida em sociedade, com ferramentas de uso facilitado e intuitivo, gerando ganhos potenciais na educação, economia, saúde, segurança, dentre outras.

Este avanço vertiginoso ocorreu sobretudo em 2022 com o surgimento do ChatGPT (Chat Generative Pre-trained Transformer), lançado pela empresa OpenAI, com sede na Califórnia um chatbot que combinava as funcionalidades do chatbot com a do transformador pré-treinado generativo (GPT).⁴

Mais recentemente, ferramentas de IA Generativa levaram a separação entre realidade e ficção a um patamar mais sofisticado. Ferramentas de IA Generativa são capazes de criar conteúdo de voz, imagem e vídeo com uma similaridade muito próxima da realidade, dificultando, em muitas situações, a distinção entre o verdadeiro e o falso.

Alan Turing, matemático britânico, que publicou em 1950 o artigo intitulado Computing Machinery and Intelligence, mas o nascimento da IA é atribuída a Conferência de Dartmouth,

4 O ChatGPT foi lançado em 30 de novembro de 2022 e, em menos de dois meses, tornou-se a aplicação de software de consumo com o crescimento mais rápido da história, alcançando a marca de 100 milhões de usuários

Estados Unidos, que foi organizada por John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon. Foi nesse evento que o termo inteligência artificial foi utilizado pela primeira vez.

A IA, contudo, pode ser compreendida como uma ciência multidisciplinar (SANTAELLA, 2023, p. 10) que busca criar máquinas capazes de executar tarefas que demandem a presença de alguma habilidade inerente aos seres humanos, como, por exemplo, a inteligência, a criatividade, a atenção e a perseverança (GABRIEL FILHO, 2023, p. 24).

Para Kausar e Ahmad (2024), o termo artificial expressa a ideia de algo criado pelo homem, enquanto que o vocábulo inteligência indica a ideia de capacidade para adquirir conhecimento, resolver problemas e tomar decisões, o que são características típicas da inteligência humana. Dessa maneira, inteligência artificial é a replicação da inteligência humana pelos computadores.

Neste escopo, a IA consiste em sistemas que “pensam” e agem racionalmente, o que permite a IA tomar decisões de maneira autônoma, além de habilitá-la a execução de ações automatizadas, sem a intervenção humana nesses processos.

Portanto, o elemento caracterizador de uma IA é a sua capacidade de realizar tarefas de modo semelhante à inteligência humana (TAULLI, 2024, p. 22), sendo que sua performance, em alguns casos é superior àquela desempenhada pelo ser humano, sobretudo se considerarmos a capacidade que os sistemas de IA tem para lidar com grande volume de dados, com sistema que conseguem executar bilhões de ciclos por segundo (RUSSELL; NORVIG, 2024, p. 56). Ou seja, com a IA são simuladas tarefas que demandam alguma habilidade humana, mas que são executadas com uma velocidade e precisão muito superiores aquelas desempenhadas por seres humanos.

A manipulação de grandes volumes de dados implica em considerar três dimensões básicas associadas ao conceito de *big data*, a saber:

A primeira consiste no volume, já que há a necessidade de se realizar o tratamento e a análise de volumes de dados muito grandes. A segunda dimensão está associada à velocidade, pois o plexo de técnicas deverá possibilitar que as análises do grande volume de dados sejam feitas com agilidade. Por fim, a terceira dimensão consiste na variedade, pois há diversas fontes de dados, informações distintas formadas e que exigem tratamento adequado (BOTELHO, 2020, p. 194).

Esse grande volume de dados é que torna necessário o uso de modelos de IA em razão de sua capacidade de cálculo e análise com precisão e velocidades muito superiores à capacidade humana.

Russell e Norvig destacam, porém, que a IA deve ser compreendida a partir de duas dimensões, a saber, a fidelidade ao desempenho humano e a racionalidade. Assim:

[...] a busca da inteligência semelhante à humana deve ser em parte uma ciência empírica relacionada à psicologia, envolvendo observações e hipóteses sobre o comportamento humano real e os processos de pensamento; uma abordagem racionalista, por outro lado,

envolve uma combinação de matemática e engenharia, que se conecta a estatística, teoria de controle e economia (RUSSELL; NORVIG, 2024, p. 1).

Essas dimensões que parecem estar conectadas, revelam sistemas que processam linguagem natural, representam conhecimento, dispõe de raciocínio automatizado e são capazes de aprender a partir de dados, adaptando a novas circunstâncias, podendo, ainda, detectar ou mesmo extrapolar padrões.

Mas assim como na obra de Mary Shelley em que Frankenstein, a criação artificial compete com o humano, a IA também levanta desafios morais e jurídicos. Coeckelbergh (2023, p. 52) levanta um importante questionamento sobre a presença massiva dos algoritmos na vida humana. Para ele, se diversas decisões importantes da vida humana são delegadas aos algoritmos, seria importante que tais decisões tomadas pela IA se revistam de padrões morais robustos.

Segundo Coeckelbergh (2023, p. 52) decisões tomadas pela IA são comportamentos e escolhas que não são moralmente neutros, pois existem consequências morais para as pessoas envolvidas.

Contudo, é preciso deixar de lado certas visões fantasiosas sobre a IA como um agente puramente autônomo, e levar em conta o fato de que a IA é criação humana, carregando um plexo de valores humanos transformados em algoritmos. Como pontuou Noble (2021, p. 191), “A própria noção de que tecnologias são neutras deve ser diretamente contestada como sendo enganosa”. Ademais:

A natureza política das buscas demonstra serem os algoritmos fundamentalmente uma invenção de cientistas da computação, os quais são também seres humanos – e que código de programação é uma linguagem repleta de significado e aplicada de formas diversas para vários tipos variados de informação (NOBLE, 2021, p. 55).

Tecnologia é fruto da expertise humana; algoritmos são o resultado da aplicação da inteligência humana e, por isso, carregam vieses que não podem ser desconsiderados, o que torna necessário “[...] começar a pensar sobre inteligência artificial como uma questão de direitos humanos” (NOBLE, 2021, p. 59), sobretudo quando sua aplicação ocorre em áreas sensíveis da vida humana como as investigações e processos criminais.

A utilização da IA em investigações e processos criminais traz enormes desafios, sobretudo para a preservação de direitos fundamentais como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a presunção da inocência, dentre outros.

O’Neil (2020, p. 35) nos lembra que “[...] modelos, apesar de sua reputação de imparcialidade, refletem objetivos e ideologias. [...] Modelos são opiniões embutidas em matemática”.

Portanto, sociedades em que há sistemática violação de direitos fundamentais de certos

grupos e categorias sociais, o uso da IA, sobretudo na produção de provas, deve ser revestida de cautela e de mecanismos que promovam um uso justo e racional da IA.

3. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL E AS PROVAS DIGITAIS

O processo penal, longe de ser entendido como um mero conjunto de regras, se edifica sobre colunas axiológicas e normativas estabelecidas na Constituição Federal de 1988, que garantem que a busca da verdade e a aplicação da lei, tenham fundamento na dignidade humana e nas garantias individuais.

Neste sentido, encontramos o princípio do devido processo legal (art.5º, inciso LIV, CF), que alcança e sustenta todos os outros princípios processuais do ornamento jurídico brasileiro, e se subdivide em duas dimensões essenciais: uma substantiva e outra formal.

A dimensão substantiva impõe que as leis sejam justas e razoáveis. Já sua vertente formal, também denominada processual, assegura que a condição do *inter* procedimental observe rigorosamente as normas e ritos já definidos, o que é fundamental para a validade e a legitimidade de cada ato (DIDIER JR., 2015).

Decorrentes da dimensão formal do devido processo legal, podemos destacar o princípio do juiz natural, que veda a criação de tribunais de exceção (tribunal *ad hoc*) após a ocorrência do fato, para o julgamento de um determinado caso concreto ou pessoa (CF, art.5º, XXXVI).

Nossa Lei Maior também preconiza que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (CF, art.5º, LIII). Desta forma, garante-se ao acusado o direito de ser processado por autoridade competente, conforme estabelece a legislação vigente – sendo proibida, portanto, a criação de juízo após a ocorrência do fato investigado.

Também devemos nos atentar ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que estabelece que a investigação e punição do autor do crime ou infração não é mera faculdade, mas obrigação das autoridades responsáveis (NUCCI, 2020).

O artigo 792⁵, do Código de Processo Penal, consagra o princípio da publicidade, permitindo restrições apenas para a defesa da intimidade ou do interesse social, cujos casos tramitarão em segredo de justiça.

Derivados do devido processo legal, também temos o princípio do contraditório e da ampla

5 Art.792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. § 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes. § 2º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.

defesa. Oportuno ressaltar que o contraditório não se limita à mera informação e possibilidade de reação (*audiatur et altera pars*).

A partir de Elio Fazzalari, o contraditório passou a ser entendido abarcando também a paridade de armas (*par conditio*), viabilizando que a oportunidade de resposta (reação) das partes se realize com simetria, intensidade e extensão (DIDIER JR., 2015).

É concedida, portanto, a prerrogativa de acesso irrestrito a toda e qualquer informação ou asserção que possa colidir com os interesses das partes envolvidas, seguida da faculdade de oposição fundamentada (ampla defesa) a tais elementos, sendo que o descumprimento deste princípio pode invalidar integralmente o ato, mormente se prejudicar o acusado, conforme enunciado da Súmula 707 do STF⁶.

A ampla defesa, ademais, transcende a mera prerrogativa de participação inerente ao contraditório. Ela impõe a materialização eficaz dessa intervenção, sob pena de nulidade do ato processual, especialmente se resultar em prejuízo ao acusado.

Na lição de Capez (2020, p.236), a ampla defesa:

Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais competente defesa (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art.5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art.5º, LXXIV).

Essa definição destaca as duas vertentes essenciais da ampla defesa: a autodefesa, que é a própria capacidade do indivíduo de se manifestar e participar ativamente do processo, e a defesa técnica, realizada por um profissional habilitado (advogado ou defensor público).

Impende salientar, que a efetividade da defesa técnica não se exaure na sua presença meramente formal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, notadamente no julgamento do Habeas Corpus nº 82.672/RJ, tem reiterado que a deficiência na atuação defensiva, caracterizada, por exemplo, pela restrição a um pleito de condenação no patamar mínimo legal por parte de defensor público ou dativo, é passível de configurar nulidade processual, se resultar em efetivo prejuízo ao acusado, em conformidade ao princípio do *pas de nulté sas grief*, positivado na Súmula 523 do STF⁷.

A relevância da ampla defesa, além de ser aparente através de súmulas do Supremo Tribunal Federal, também o é por Leis como a nº 12.403/11 e Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime), que reforçam essa garantia quando estabelece, por exemplo, a comunicação imediata da prisão à Defensoria Pública (CPP, art.289-A, § 4º) e a obrigatoriedade da audiência de custódia (CPP, art.310), assegurando a pronta e efetiva atuação defensiva.

6 Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

7 No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Passando ainda para um dos pilares mais caros à liberdade individual, o princípio da presunção de inocência é o alicerce que garante a não culpabilidade até que se prove o contrário. Formalmente consagrado no art.5º, inciso LVII, da CF, ele estabelece que ninguém poderá ser considerado culpado até que a sentença penal condenatória esteja transitada em julgado.

Dessa forma, impõe ao Estado duas diretrizes cruciais: um referente ao tratamento para com o indivíduo e outra sobre a prova, o que impacta diretamente no cenário das provas digitais, cada vez mais presentes com o grande avanço da tecnologia.

4. A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Anteriormente ao Pacote Anticrime (lei nº 13.964/2019), não havia uma definição legal expressa sobre o conceito de “cadeia de custódia”, ou seja, o ordenamento jurídico pátrio não conceituava ou definia o termo, que era trazido à baila pela doutrina, jurisprudência e normas infra legais, tais como resoluções e manuais técnicos-científicos, em especial aqueles com ligação à criminalística e à prova pericial.

No ano de 2013, A Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP, em seu manual de criminalística, definiu cadeia de custódia como sendo “sistemática de procedimentos que visa à preservação do valor probatório da prova pericial caracterizada”. (BRASIL, 2013, p. 37).

Anteriormente a sua normatização, a cadeia de custódia era uma exigência implícita para se considerar a prova válida, ou seja, o questionamento da confiabilidade de um vestígio cabia ao juiz e as partes, e eram realizados com base na ausência de controle formal.

Somente após a inclusão do artigo 158-B do Código de Processo Penal, feito pela Lei 13.964/2019, é que passamos a ter uma definição legal e clara do termo, que se configura no conjunto de procedimentos utilizados para preservar e documentar a “história cronológica” de todos os indícios existentes nos locais ou nas vítimas de crimes.

Para Guilherme de Souza Nucci (2020) a inserção desse dispositivo ao Código de Processo Penal trouxe uma aproximação da nossa legislação com a de países de primeiro mundo, pois há demonstração clara com a confecção e preservação da prova pericial, e a lei passou a prever de maneira clara todas as etapas desse procedimento, desde a captação, manuseio, armazenagem e descarte.

Essa demonstração de cuidado com o caminho percorrido pela prova, traz maior segurança ao processo jurídico, possibilitando a sua aplicação em dois vetores. O primeiro é o exercício pleno da ampla defesa, seguido da necessária apuração total dos fatos.

Eugênio Pacelli (2021, p. 547) ensina que

A finalidade precípua é garantir a lisura e validade das provas que serão valoradas pelo

juiz julgador, maximizando-se o devido processo legal, sob duplo vetor: a) tanto sob a ótica da necessária apuração dos fatos na sua maior inteireza; b) como também para permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório a partir de provas e indícios que sejam considerados como válidos à luz do ordenamento jurídico.

Esse também é o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 77.836 de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz:

A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o tramite processual pode resultar em sua imprestabilidade.

Assim, temos que a norma positivou e detalhou as etapas da cadeia de custódia, no intuito de garantir maior segurança jurídica, padronização e controle da prova penal. Dessa forma, a cadeia de custódia passou a ocupar um papel central na estruturação e no controle da prova penal, sendo condição indispensável para a sua validade e eficácia no processo.

Para além da previsão legal, é também na aplicação prática e no entendimento dos tribunais superiores que se consolida a real extensão e as consequências da inobservância desses procedimentos.

Nesse contexto, também é fundamental o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a inobservância dos procedimentos documentados é motivo suficiente para tornar a prova inválida, com sua exclusão integral, ou ainda, o trancamento da ação penal.

A preservação da cadeia de custódia é requisito essencial, e não mero procedimento formal, pois sua ausência compromete toda a prova e seu valor no processo penal.

No julgamento do Habeas Corpus 214.908, o Ministro Gilmar Mendes decidiu que:

Em casos de descumprimento da norma que estabelece a manutenção da cadeia de custódia da prova, não resta outra solução à autoridade judicial além de declarar a ilicitude da prova produzida em virtude da violação ao dispositivo pelo art 5º da CF/88 (“são proibidas, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”), tendo em vista a ausência de garantias epistêmicas que possibilitem a averiguação da validade da prova.

Vale lembrar que há uma assimetria entre as partes no processo penal, exigindo que toda e qualquer prova produzida contra o indivíduo acusado esteja cercada de formalidades e garantias que assegurem sua autenticidade, integridade e confiabilidade.

A exigência da manutenção adequada da cadeia de custódia como condição de validade da prova, reforça o papel do devido processo legal substancial, não apenas como rito formal, mas como um mecanismo efetivo de limitação do arbítrio estatal e de preservação da dignidade da pessoa humana.

Ao invalidar provas cuja origem ou trajetórias estejam comprometidas, se evita condenações injustas baseadas em elementos viciados, reafirmando que, em um Estado

Democrático de Direito, a verdade não pode ser buscada a qualquer custo, mas apenas por meios legítimos e constitucionalmente protegidos.

5. A VALIDAÇÃO DA PROVA E A PORTARIA MJSP Nº 961, DE 24 DE JUNHO DE 2025

Com o avanço das tecnologias digitais e a crescente dependência de dados eletrônicos como meios de prova, o processo penal passou a exigir maior rigor técnico e jurídico na coleta, preservação e análise dessas evidências. A admissibilidade da prova passou a depender não apenas de sua obtenção lícita, mas também da comprovação de sua autenticidade e integridade.

Nesse cenário, a validação da prova se tornou uma etapa indispensável para garantir o respeito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, especialmente diante do risco de manipulação de dados digitais.

A cadeia de custódia, por sua vez ganha centralidade como instrumento de controle e de documentação da trajetória da prova, desde sua origem até sua apresentação em juízo.

Com o intuito de estabelecer diretrizes para o uso de tecnologia da informação – TI aplicada às investigações criminais e inteligência de segurança pública, o Ministério da Justiça publicou, em 24 de junho de 2025, a Portaria MJSP nº 961. Essa Portaria tem como objetivo principal a regulação e padronização do uso de tecnologias, incluindo a inteligência artificial – IA, pelas forças de segurança no Brasil. Ela procura equilibrar a eficiência operacional com a devida observância aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

A norma é a primeira a estabelecer padrões específicos para o uso de IA no trabalho policial, trazendo princípios e restrições. O texto reforça que o uso de tecnologias deve estar em conformidade com os princípios da legalidade, proporcionalidade, necessidade, proteção de dados pessoais, inviolabilidade da privacidade e o devido processo legal. Também proíbe o uso indiscriminado de reconhecimento facial em tempo real em espaços públicos, exigindo autorização judicial prévia com fundamentação adequada.

O uso da tecnologia, ainda que voltado para a obtenção de prova em processo criminal, não pode ser feito de forma arbitrária, tampouco sem a devida observância do que está estabelecido em lei. Embora a Portaria não se aprofunde em detalhes estritamente processuais sobre a validação da prova, ela estabelece diretrizes cruciais que impactam diretamente a cadeia de custódia da prova digital e sua autenticidade, fundamentos essenciais para sua admissibilidade judicial.

Entre as diretrizes, a Portaria destaca a importância da verificação da cadeia de custódia para manter a integridade dos elementos informativos e assegurar sua origem e inalterabilidade. Isso significa que as soluções tecnológicas empregadas nas investigações devem garantir que os dados coletados sejam protegidos contra alterações indevidas ou acessos não autorizados, com o registro

completo de logs, autenticação segura e mecanismos de rastreabilidade.

Esse cenário normativo converge com os padrões técnicos estabelecidos na ABNT NBR ISSO/IEC 27037:2013, que representa um marco fundamental para a condução de procedimentos técnicos de coleta e preservação de evidências digitais.

Essa norma, adotada no Brasil pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, define diretrizes voltadas à identificação, coleta, aquisição e preservação de dados digitais que possam ser usados como prova legal. Seu objetivo é assegurar que tais evidências mantenham sua autenticidade, integridade e confiabilidade, sendo, portando, aceitáveis nos autos de um processo judicial.

Ela ainda estabelece que os profissionais envolvidos na manipulação das provas digitais devem ser qualificados, e que toda a cadeia de custódia de evidência seja documentada e rastreável, com a utilização de procedimentos forenses adequados.

A ABNT NBR ISSO/IEC 27037:2013 atua como um suporte técnico à Portaria MJSP nº 961/2025, especialmente no que se refere à validação e segurança da prova digital, colaborando com a conformidade de atos investigatórios aos princípios constitucionais do processo penal.

A Portaria, por sua vez, visa padronizar os procedimentos e garantir a integridade da cadeia de custódia da prova, prevenindo fraudes e assegurando a responsabilização e prestação de contas. A articulação entre as exigências normativas da Portaria MJSP nº 962/2025 e as diretrizes técnicas da ABNT NBR ISSO/IEC 27037:2013 fortalece o compromisso do Estado com a produção de provas lícitas, transparentes e verificáveis.

Isso é essencial para que as provas obtidas por meios tecnológicos sejam consideradas válidas e confiáveis em processos criminais ou administrativos, evitando nulidades processuais e reforçando a proteção aos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

A rápida evolução da Inteligência Artificial (IA) no cenário contemporâneo, impulsionada em grande parte pelo advento de ferramentas generativas, redefine as interações sociais e, crucialmente, impõe desafios complexos ao processo penal. Conforme explorado neste estudo, a capacidade da IA de processar grandes volumes de dados com velocidade e precisão superiores às humanas, embora promissora, não é moralmente neutra, incorporando vieses inerentes à sua criação humana. Essa realidade exige uma análise metódica, especialmente quando a IA é aplicada em investigações e na produção de provas criminais, sob pena de comprometer direitos e garantias fundamentais.

A pesquisa reafirmou que o processo penal brasileiro, alicerçado em pilares constitucionais

como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, serve como salvaguarda essencial contra o arbítrio estatal. Nesse contexto, a integridade da prova digital assume um papel central, e a cadeia de custódia se estabelece como um instrumento indispensável para garantir sua autenticidade, confiabilidade e inalterabilidade desde a coleta até o descarte. A inobservância desses procedimentos, como demonstrado, pode levar à invalidação da prova, coibindo condenações injustas e limitando o poder punitivo do Estado.

O estudo destacou a relevância da Portaria MJSP nº 961, de 24 de junho de 2025, como um marco regulatório fundamental que busca equilibrar a eficiência das investigações com a proteção dos direitos fundamentais. Ao estabelecer diretrizes para o uso de tecnologias e IA pelas forças de segurança, e ao reforçar a conformidade com princípios constitucionais e padrões técnicos como a ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013, a Portaria contribui significativamente para a validação e segurança da prova digital. A articulação entre essa regulamentação e as normas técnicas é crucial para assegurar a licitude e a transparência na obtenção de provas tecnológicas, prevenindo fraudes e garantindo a responsabilização e a prestação de contas.

Em suma, a interseção entre a Inteligência Artificial e o processo penal exige vigilância contínua e adaptação jurídica. A garantia de que a IA seja uma ferramenta a serviço da justiça, e não um risco aos direitos fundamentais, passa pela rigorosa aplicação dos princípios constitucionais e pela efetivação de mecanismos como a cadeia de custódia e as novas regulamentações. O caminho a seguir demanda um debate constante e a construção de diretrizes que assegurem um uso ético, justo e transparente da tecnologia no âmbito da justiça criminal, fortalecendo a segurança jurídica e a proteção da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013. **Tecnologia da Informação – Técnicas de segurança – Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital**. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

BOTELHO, Marcos César. **A proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Jacarezinho: Argumenta Journal Law. UENP. Nº 32, jan./jul., p. 191-207, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 31/07/2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União: seção 1, p. 23913, 13 out. 1941.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portaria MJSP nº 961, de 24 de junho de 2025**. Estabelece diretrizes sobre o uso de soluções de tecnologia da informação aplicadas às

atividades de investigação criminal e inteligência de segurança pública. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, p. 104-105, 30 jun. 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/portaria-do-mj-sp-regulamenta-uso-de-tecnologia-em-investigacoes-criminais-e-inteligencia-de-seguranca-publica/portaria-mj-sp-no-961-de-24-de-junho-de-2025-portaria-mj-sp-no-961-de-24-de-junho-de-2025-dou-imprensa-nacional.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2025.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Manual de Perícia Criminal: Criminalística Forense**. Brasília: SENASP/MJ, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 77.836 - PA (2016/0286544-4)**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 23 nov. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stj.jus.br/>. Acesso em: 8 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 214.908/PR**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 27 set. 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=7543721>. Acesso em: 8 jul. 2025.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

COECKELBERG, Mark. **Ética na inteligência artificial**. São Paulo: Ubu Editora, Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2023.

DIDIER JR, **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 01.

GABRIEL FILHO, Oscar. **Inteligência artificial e aprendizagem de máquina: aspectos teóricos e aplicações**. São Paulo: Blucher, 2023.

KAUSAR, Arana; AHMAD, Md Aziz. Artificial Intelligence – applications across industries (healthcare, pharma, education). DAS, Rick; MITRA, Madhumi; SINGH, Chandrani (eds.). **Era of artificial intelligence**. Boca Raton: CRC Press, p. 15-31, 2024.

NOBLE, Sfiya Umoja. **Algoritmos da opressão: como Google fomenta e lucra com o racismo**. Santo André: Rua do Sabão, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como a big data aumenta a desigualdade e ameaça à democracia**. Santo André: Rua do Sabão, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas 2021.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2024.

SANTAELLA, Lúcia. **A inteligência artificial é inteligente?** São Paulo: Edições 70, 2023.

TAULLI, Tom. **Programação utilizando IA**. São Paulo: Novatec, 2024.

TURING, Alan. **Computing machinery and intelligence**. Mind 49, p. 433-460, 1950.

LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS DEL MERCOSUR: APROXIMACIONES Y DESAFÍOS DESDE UNA PERSPECTIVA REGIONAL

Favio FARINELLA¹
Romina MANZO²

RESUMEN

Este artículo analiza la incorporación del desarrollo sostenible en las constituciones de los estados fundadores del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay) y su evolución en instrumentos de integración regional. Atendiendo al desafío de fortalecer la dimensión ambiental, se examina el desarrollo, implementación y eficacia de su incorporación mediante procedimientos y políticas ambientales a nivel constitucional. Se utiliza una metodología comparativa para examinar dimensiones políticas, económicas y sociales del marco constitucional, documentos regionales y la propia institucionalidad ambiental del bloque. Los resultados revelan que Argentina, Brasil y Paraguay reconocen el derecho ambiental como derecho humano fundamental, mientras Uruguay lo aborda desde un plano de "interés general". De igual manera, existen avances en la armonización normativa, aunque persisten desafíos en la implementación, debido a la tensión entre crecimiento y sostenibilidad y una necesidad de fortalecer la integración frente a presiones globales.

PALABRAS CLAVE: Desarrollo sostenible / MERCOSUR / Constituciones nacionales / Constitucionalismo ambiental / Integración regional

RESUMO

Este artigo analisa a incorporação do desenvolvimento sustentável nas constituições dos Estados fundadores do MERCOSUL (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) e sua evolução nos instrumentos de integração regional. Diante do desafio de fortalecer a dimensão ambiental, examina-se o desenvolvimento, a implementação e a eficácia dessa incorporação por meio de procedimentos e políticas ambientais em nível constitucional. Utiliza-se uma metodologia comparativa para analisar as dimensões políticas, econômicas e sociais do marco constitucional, dos documentos regionais e da própria institucionalidade ambiental do bloco. Os resultados revelam que Argentina, Brasil e Paraguai reconhecem o direito ambiental como um direito humano fundamental, enquanto o Uruguai o trata sob uma perspectiva de "interesse geral". Da mesma forma, observam-se avanços na harmonização normativa, embora persistam desafios na implementação, devido à tensão entre crescimento e sustentabilidade e à necessidade de fortalecer a integração frente às pressões globais.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento sustentável / MERCOSUL / Constituições nacionais / Constitucionalismo ambiental / Integração regional

1. INTRODUCCIÓN: LOS DESAFÍOS DE UNA TEORÍA DEL DESARROLLO HUMANO

1 Favio Farinella es doctor en Derecho, Post Doctor en Ciencias Sociales, ex Becario de Seoul University (Korea), Marie Curie Human Rights Programme (Comisión Europea), Balassi Institute (Hungria) entre otras instituciones, Profesor Titular de grado y posgrado en Derecho Internacional Público y Derecho Humanos. Director del Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional (UNMdP, Buenos Aires, Argentina).

2 Romina Manzo es abogada, Especialista en Estudios Chinos por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) y en Derecho Informático por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Auxiliar de investigación, integrante del Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional (CIDIIR), Universidad Nacional de Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina.

SOSTENIBLE PARA LA REGIÓN.

La ecología se ha definido como el "*estudio de los organismos y su ambiente*".³ Esto arroja como consecuencia que, al igual que con cualquier ser vivo, el ser humano no debe ser estudiado independientemente de su entorno. La sustentabilidad ecológica descansa en preservar la interdependencia de las relaciones. En términos más prácticos, es una condición en la cual los recursos renovables se utilizan y cultivan dentro de sus propias tasas de renovación.⁴ Uniendo estos conceptos con la teoría del desarrollo sustentable, podemos definir el desarrollo humanamente sustentable como aquel "*donde los recursos naturales son preservados por las generaciones presentes con el objetivo de ofrecer a las generaciones futuras la oportunidad de alcanzar similares niveles de bienestar*".⁵ Ahora bien, si pretendemos dotar al concepto de operatividad en nuestra América Latina, es menester enunciar de manera más consistente los objetivos a alcanzar junto con sus estrategias.

El desarrollo sustentable reconoce como fundamento un reclamo de equidad - expresado a través de las responsabilidades intra e inter-generacionales -, y una demanda de operatividad. La noción de desarrollo sostenible ha pasado a ocupar un lugar destacado en las agendas globales de desarrollo, impulsada por una creciente comprensión del imperativo de integrar factores ambientales, sociales y económicos en los marcos de políticas y gobernanza.⁶

Revisaremos tres dimensiones que creemos esenciales al momento de proceder a la toma de decisiones relativas a la sustentabilidad de cualquier proyecto de desarrollo regional.

En primer lugar, la sustentabilidad encierra una dimensión política relacionada con razones de interés público que guían la exploración y explotación de los recursos naturales en cada estado latinoamericano. Desde el discurso de la economía globalizada, es lógico oír que el patrimonio natural debería ser aprovechado, conservado y protegido en beneficio de la humanidad. Bajo el paradigma del libre mercado, la mayoría de los países de la región ha eliminado las barreras de acceso a sus recursos. Las normativas domésticas establecen formas contractuales que permiten el libre acceso de la inversión extranjera directa a las fuentes de recursos nacionales. Si aceptamos esta tendencia global como un estado de situación, la discusión debe centrarse en la forma en que se reparten las ganancias de tal explotación. Se ha opinado que la distribución debería permitir conciliar la rentabilidad esperada por los inversionistas (básicamente capital extranjero) con la rentabilidad prevista por cada Estado, en su calidad de soberano respecto de los recursos naturales

3 Suzuki, D., Time to change, Allen and Unwin, St. Leonards, 1993.

4 Lemons, J., Scientific uncertainty and environmental problem solving, Blackwell Science, Cambridge, 1996.

5 Van Pelt, M.J.F., Ecological sustainability and project appraisal, Avebury, Hampshire, 1993.

6 Jabareen, Y., A New Conceptual Framework for Sustainable Development. In Environment Development and Sustainability (Vol. 10, Issue 2, p. 179), Springer Science+Business Media, 2006. Available: <https://doi.org/10.1007/s10668-006-9058-z>

existentes en su territorio.

Es indispensable que el reparto de beneficios se traduzca en un resultado equitativo. Dicha equidad representa la materialización del desarrollo sustentable tanto desde su dimensión social como económica. En este contexto, la regionalización cobra un papel central: las estrategias construidas colectivamente por bloques o regiones - en contraposición a enfoques fragmentados o aislados - fortalecen la capacidad de negociación frente al capital global. La articulación de posiciones regionales no solo amplifica la voz de los actores involucrados, sino que sienta las bases para una integración más justa, resiliente y sostenible.

En segundo lugar, se presenta una dimensión económica de la sustentabilidad, resultante de la posición adoptada por la región respecto de los procesos de globalización. En una economía globalizada, sin barreras de entrada, las empresas pueden optimizar a nivel mundial, las carteras de riesgo - beneficio de sus inversiones. El problema surge cuando sus criterios de optimización no coinciden con los intereses del país donde radican tales inversiones. Desde lo económico, se presenta la vulnerabilidad que pueden arrojar los mercados internacionales en relación con los vaivenes de la economía internacional. Es ya un axioma que los precios de las materias primas tienden a la baja mientras que los de las manufacturas tienden al alza. La tendencia refleja el antiguo problema de los términos de intercambio mundiales que incide en las posibilidades de crecimiento de las economías sustentadas en sus recursos naturales. Los procesos de reforma del estado que tienden a restringir su incidencia en la sociedad en favor del sector privado acentúan el histórico rasgo exportador de materias primas, lo cual aumenta su vulnerabilidad frente a los mercados internacionales.

Por lo comentado, la dimensión económica de la sustentabilidad ambiental y humana aconseja a los gobiernos el establecimiento de reglas claras respecto de la entrada de la inversión extranjera directa. Es además conveniente que estas reglas sean consensuadas subregionalmente al menos entre estados vecinos, y que tiendan a eliminar instrumentos de política como el dumping social o ambiental cuya finalidad es atraer inversiones.

En tercer lugar, la sustentabilidad regional posee una dimensión social que reclama una mejora en la calidad del consumo de los recursos, junto con una adecuada articulación de la demanda de los sectores y la estructura productiva interna, que procure beneficiar el nivel de vida. Esto permitiría ampliar el mercado interno, generar nuevas oportunidades de inversión y mayores niveles de ingreso local, derivados de una mejor calidad de los puestos de trabajo. El crecimiento demográfico y los procesos de urbanización indican un crecimiento del mercado regional latinoamericano, aun cuando los niveles de distribución del ingreso continúan alejándose en sus

extremos.⁷

En suma, las tres dimensiones nacionales de la sustentabilidad analizadas deben orientarse a incrementar el patrimonio social, entendido como el resultado entre activos y pasivos de una comunidad, en función de la calidad de vida disponible y los recursos empleados para alcanzarla. Dicho patrimonio social refleja el grado de integridad alcanzado por una sociedad en cuanto a la conservación de la naturaleza que la sustenta, la cultura que la configura y los valores que considera fundamentales. Su pretendido incremento (o al menos su conservación) es la razón de ser de la teoría del desarrollo humano sustentable.

Las vías utilizadas para relacionar las dimensiones comentadas, a fin de cuidar el patrimonio social, son tan particulares como cada comunidad. En la subregión del MERCOSUR, las aristas política y económica condicionan gran parte de la explicitación de las medidas gubernamentales adoptadas. La dimensión social aparece como la más comprometida con el desarrollo humano sustentable, por evidenciar en forma directa el éxito de la instrumentación de las restantes. La llave del cambio se encuentra en permitir que las sociedades en desarrollo logren un estándar mínimo de bienestar, continuando con la explotación de sus recursos. A tales efectos, resulta indispensable garantizar el acceso al capital tecnológico, en tanto condición necesaria para evitar la perpetuación de patrones históricos de uso no racional de los recursos.

En tanto aceptemos formar parte activa de la globalización económica, surge el interrogante acerca de si las políticas de integración económica contemplan per se, objetivos de política ambiental. Contestar a la cuestión, obliga a interiorizarnos por los aspectos macroeconómicos expresados en los documentos básicos de la integración y en las propias constituciones de los Estados. Cuanto menos desarrollado sea el territorio del estado en cuestión, más librado estará a la determinación de su política por factores exógenos (grupos inversores privados y públicos, organismos internacionales de cooperación, acreedores externos, etc.). Hay una línea constante que identifica a las regiones pobres: su necesidad de desarrollo, la existencia de recursos naturales sub - explotados en su territorio, la mano de obra no calificada y desempleada, la inestabilidad económica y consecuentemente política, la escasez de capitales, etc. La mayoría de estas características se repiten a la hora de establecer denominadores comunes para diagnósticos regionales.

La integración regional ha ayudado a la subregión del Mercosur a superar parcialmente algunas de estas debilidades. Sin embargo, sigue tan expuesta a los factores exógenos como al inicio del proceso. Afirmar que la liberalización de los mercados acentúa la importancia de los

⁷ Concentración económica en torno de grupos sociales cada vez más reducidos en cuanto al número de componentes junto a un pronunciado aumento de los sectores excluidos. De todas formas, la estadística da positiva.

factores exógenos, no implica concluir en la imposibilidad de consensuar políticas ambientalmente racionales. Por el contrario, en ciertos casos el mismo mercado global las impone a través de los consensos macroeconómicos. Un ejemplo de esto son las políticas económicas que tienden a proteger el medioambiente dentro del sistema de la Organización Mundial de Comercio.

2. AVANCES AMBIENTALES INTRAZONA: LA NEGOCIACIÓN HACIA EL CONSENSO.

Como antecedente de la preocupación ambiental en la región, mencionamos el “Programa de Montevideo de Desarrollo y examen periódico del derecho ambiental 1981-1991”⁸, cuyo auspicio fue dado por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA en adelante). Este instrumento tuvo por fin establecer un marco, métodos y guías de acción para el desarrollo de la incipiente normativa ambiental, incluyendo iniciativas en los planos mundial, regional y nacional. El Programa determinó tres materias principales: (a) la contaminación marina de fuentes terrestres; (b) la protección de la capa de ozono; y (c) el transporte, manipulación y eliminación de desechos tóxicos y peligrosos. Se incluyeron otras materias como la cooperación internacional en casos de emergencia ambiental, la ordenación de zonas costeras, la conservación de suelos, el comercio internacional de productos químicos potencialmente nocivos, la protección de ríos y otras aguas contra la contaminación y mecanismos jurídicos y administrativos para la prevención y reparación de los daños ambientales. Con el tiempo, otras temáticas, como la diversidad biológica y el cambio climático, fueron incorporadas. El Programa adquirió viabilidad mediante acuerdos, directrices y principios internacionales, así como a través de la asistencia brindada a países en desarrollo para la formulación de leyes nacionales, la creación y el fortalecimiento de sus instituciones y la promoción y coordinación del proceso de promulgación de normas en materia ambiental.

Si bien el Tratado de Asunción, instrumento constitutivo del Mercosur, no contempló expresamente la creación de un ente ambiental dentro de la estructura subregional, sí se conformaron comisiones de medio ambiente en el marco de los Subgrupos de Trabajo (SGT) del Grupo Mercado Común (GMC). En particular, se registró actividad ambiental en el SGT 7 de Política Industrial y Tecnológica, el SGT 8 de Política Agrícola y el SGT 9 de Política Energética.

Posteriormente, el Grupo Mercado Común (GMC) resolvió crear en 1992, una Reunión Especializada de Medio Ambiente (REMA en adelante)⁹, a fin de analizar las normas vigentes y proponer recomendaciones al mismo GMC sobre acciones necesarias para cumplir con los objetivos

8 PNUMA, Dependencia de Derecho e Instituciones Ambientales, agosto de 1991. La decisión 8/15 de 1980 del Consejo de Administración del PNUMA convoca a una reunión de altos funcionarios gubernamentales expertos en derecho ambiental a fin de llevar adelante el Programa de acción. La Dependencia de Derecho e Instituciones Ambientales del PNUMA fue el organismo encargado de la aplicación del Programa de Montevideo.

9 Resolución N°22/92.

de preservación ambiental, en diferentes áreas de trabajo. Entre sus objetivos se destacaron los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio consagrados en el Tratado de Asunción; los principios emanados de la Declaración de Canela; así como los compromisos asumidos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992), en línea con la imperiosa necesidad de promover un modelo de desarrollo sustentable.

La REMA comenzó su accionar en noviembre de 1993, realizando un relevamiento de la legislación ambiental de los cuatro países signatarios originales y una comparación preliminar de la estructura legal vigente, en función de una futura armonización. Al finalizar este cometido, elevó la Recomendación N° 1/94 al GMC, el cual aprobó las "Directrices Básicas en Materia de Política Ambiental".¹⁰ Entre sus postulados fundamentales se encuentran: (a) la armonización de la legislación ambiental; (b) garantizar la adopción de prácticas no degradantes del ambiente en los procesos que utilizan los recursos naturales de la región; (c) afirmar el principio de la previa EIA; (d) coordinar criterios ambientales comunes para la negociación e instrumentación de acuerdos internacionales, y (e) fortalecer las instituciones para una gestión ambientalmente sustentable.

La REMA intentó desempeñar también un rol de coordinación entre las distintas Comisiones de Medio Ambiente que, preexistentes a su creación, funcionaban en el ámbito de los diferentes SGT del GMC, hasta que fue finalmente integrada a este último como un subgrupo de trabajo más. En este marco, en 1995 el GMC creó el SGT N°6 de Medio Ambiente¹¹, cuyo objetivo central actualmente es garantizar la integridad del medio ambiente, de conformidad con los lineamientos del Sistema de Información Ambiental del Mercosur.¹²

En junio de 1995, el SGT N°6 convocó en Montevideo a los ministros de Medio Ambiente y/o autoridades equivalentes de los estados parte del Mercosur, quienes suscribieron la Declaración de Taranco. Posteriormente, en el marco de su VI Reunión, el SGT N°6 aprobó la Recomendación N.º 4/97, mediante la cual elevó a consideración del GMC un Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre Medio Ambiente, marcando un hito en la institucionalización de la dimensión ambiental en el proceso de integración regional. Dentro de los objetivos específicos referidos al desarrollo sustentable se destacaron: (a) la promoción del desarrollo sustentable a partir de acciones acordadas que garanticen la integración de los Estados Partes en las áreas de medio ambiente y las relaciones económico - comerciales; y (b) la realización de estudios, acciones y prácticas para prevenir la contaminación y degradación del medio ambiente, contribuyendo al mejoramiento de la calidad ambiental en el territorio de los Estados Parte, además de mencionar otros que contribuyan a

10 Resolución N°10/94.

11 Resolución N°20/95, y fijando mediante Resolución N°38/95 el mandato para el SGT N°6 en materia de Medio Ambiente.

12 Disponible en <https://www.mercosur.int/temas/sistema-de-informacion-ambiental-del-mercosur-siam/>

la apertura comercial.

En este contexto, resultaba esperable que, más allá de los avances alcanzados en el SGT N.º 6, cada país proyectara sus políticas ambientales de manera coordinada, uniforme y consensuada. Las leyes marco ambientales nacionales deben responder a un modelo previamente acordado en el seno del SGT N.º 6, evitando así la proliferación de iniciativas legislativas aisladas. Consecuentemente, los estados parte del Mercosur tomaron conciencia de la imperiosa necesidad de desarrollar y fortalecer sus respectivos marcos normativos ambientales. Tras haber definido sus políticas económicas nacionales, iniciaron la construcción de directrices ambientales que, en muchos casos, se han constituido en antecedentes fundamentales de sus actuales políticas públicas en materia ambiental. Un claro ejemplo de esta evolución es el reconocimiento constitucional, con distintos matices según el ordenamiento jurídico de cada Estado, del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado.

En 2003, los ministros de Medio Ambiente recomendaron al Consejo del Mercado Común (CMC), como acción prioritaria, la creación de un espacio institucional específico: la Reunión de ministros de Medio Ambiente del MERCOSUR (RMMA). En respuesta a dicha iniciativa, se adoptó la Decisión CMC N.º19/03, mediante la cual se estableció dicho órgano con el propósito de que los ministros pudieran proponer medidas orientadas a la coordinación de políticas para la promoción de la gestión ambiental y el desarrollo sostenible en la región, así como impulsar acciones de articulación y cooperación en materia ambiental entre los estados parte.

Desde su creación, la RMMA ha abordado una amplia gama de temáticas ambientales estratégicas, tales como la relación entre competitividad y medio ambiente (incluyendo la promoción de patrones sostenibles de producción y consumo), la gestión de residuos y la responsabilidad post consumo, la conservación de la biodiversidad, la gestión ambiental de sustancias y productos químicos, la lucha contra la desertificación y los efectos de la sequía, el cambio climático, la prevención y respuesta ante emergencias ambientales, entre otros asuntos de interés común. En el contexto de este bloque regional, los estados parte han reconocido progresivamente la importancia de incorporar los principios del desarrollo sostenible en sus respectivos marcos constitucionales y legislativos. De hecho, el enfoque conceptual del desarrollo sostenible elaborado en su versión más reciente incorpora la necesidad de adoptar parámetros de sostenibilidad que tengan en cuenta aspectos como la eficiencia, la inclusión y el equilibrio.¹³

3. EL DESARROLLO SUSTENTABLE EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS

13 Florentino, G. D., Martorano, L. G., Santos, S. A. L. dos, Moraes, J. R. da S. C. de, Miranda, Í. P. de A., & Ruivo, M. de L. P., Bioeconomic Potential of Sustainability Indicators in a Ceramic Production Center in the Western Amazon, In Intech Open eBooks. Intech Open, 2020. Available: 10.5772/intechopen.94002

DEL MERCOSUR.

Hasta este punto, hemos dado cuenta de la evolución normativa regional en materia ambiental y del proceso de transformación institucional operado en las últimas décadas. En dicho contexto, se ha destacado la necesidad de consolidar los procesos de democratización en la región, como condición para procurar una mayor participación ciudadana, y garantizar el acceso a la información y la educación ambiental, pilares fundamentales para una gobernanza ambiental efectiva. Asimismo, se ha puesto de manifiesto que los principales instrumentos de integración económica del MERCOSUR reconocen la importancia de la protección del medio ambiente como componente esencial de desarrollo.

A continuación, abordaremos el tratamiento que recibe el desarrollo humano sustentable en los textos constitucionales de los estados parte fundadores del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Ello, a efectos de identificar los principios, derechos y garantías ambientales consagrados en sus respectivas cartas fundamentales y su grado de convergencia con los compromisos asumidos regionalmente.

3.1. República Argentina

En el caso argentino, la consagración de los principios fundamentales vinculados con el desarrollo humano sustentable se materializó con la reforma constitucional de 1994. La misma no sólo incorporó derechos colectivos y de tercera generación, sino que también introdujo un conjunto de principios rectores que reflejan la influencia creciente del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho ambiental y del principio de desarrollo progresivo, contribuyendo así a la consolidación de un nuevo constitucionalismo social y ambiental, orientado a la equidad, la participación democrática y la sostenibilidad intergeneracional¹⁴.

Se afirmó el derecho-deber de todos los habitantes a gozar de “*un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras*”, incorporando así la concepción del desarrollo sustentable y confirmando el principio “*contaminador – pagador*” (Art. 41)¹⁵. El segundo párrafo del mismo precepto legal establece la obligación del Estado de proteger este derecho, y reconoce, además, sus derivaciones concretas: “*la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural, la protección de la diversidad biológica, y los derechos de acceso a la información y educación ambiental*”.

14 Cafferatta Néstor A., El Derecho Ambiental no sólo protege el patrimonio natural sino también el cultural, Misiones On Line, 22 de abril de 2016. Disponible en: https://misionesonline.net/2016/04/22/nestor-cafferatta-el-derecho-ambiental-no-solo-protege-el-patrimonio-natural-sino-tambien-el-cultural/?utm_source=chatgpt.com

15 Constitución de la Nación Argentina, sancionada: diciembre 15 de 1994. Promulgada: enero 3 de 1995. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

A efectos de lograr sus propósitos, la Constitución Nacional establece un esquema de competencias concurrentes en materia ambiental entre la Nación y las Provincias. Las mismas se distribuyen de manera tal que la Nación tiene la obligación de establecer “*presupuestos mínimos*” (Art. 41 tercer párrafo), mientras que las Provincias están facultadas para el dictado de normas complementarias. Se trata de un modelo de federalismo ambiental cooperativo, donde la Nación fija un piso normativo base que luego las Provincias podrán ampliar, pero no disminuir, respetando la autonomía local y la unidad ambiental nacional¹⁶.

Siguiendo el espíritu de federalismo ya consagrado y arraigado en el estado argentino, la Constitución de 1994 reafirma el dominio original de las Provincias sobre sus recursos naturales. Y al mismo tiempo, distingue la regulación de la protección del ambiente a través de normas que aportan presupuestos mínimos dictadas por la Nación¹⁷. De esta forma, se configura un sistema de competencias en el que el Estado Nacional desempeña un rol fundamental en la proyección de políticas públicas orientadas a la sustentabilidad ambiental, sin perjuicio del dominio originario que la carta magna reconoce a las provincias sobre sus recursos naturales.

La administración y utilización racional de estos recursos, la preservación del patrimonio natural y cultural, la conservación de la diversidad biológica, así como el acceso a la información y a la educación ambiental, convergen instancias de articulación y acuerdo entre los distintos niveles de gobierno, a fin de posibilitar una planificación ambiental federal, coherente y efectiva. Ejemplo de ello lo configuran el dictado de normativas como la Ley General del Ambiente N° 25.675, la Ley de Bosques Nativos N° 26.331, la Ley de Glaciares N° 26.639 y la Ley de Educación Ambiental Integral N° 27.621.

Asimismo, la Constitución Nacional reconoce la especial significación de los pueblos indígenas (art. 75, inc. 17), garantizando sus derechos a la identidad y la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, previendo su participación en la gestión referida a los recursos naturales. Este precepto forma parte de un entramado normativo orientado a garantizar un modelo de desarrollo inclusivo, equitativo y respetuoso de la diversidad cultural y el medioambiente en sentido amplio.

Para el cumplimiento de sus fines, en el marco institucional, se creó la figura del Defensor del Pueblo como “*órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación*”, siendo su misión la defensa y protección de los derechos humanos, garantías e intereses constitucionales

16 Cafferatta Néstor A., Introducción al derecho ambiental, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT); Instituto Nacional de Ecología (INE) Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), ISBN: 968-817-682-6, 2004.

17 Nonna Silvia, La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 14 /N° 47 2017. Electrónica: ISSN 2591-6386

(art. 86). Esta figura institucional representa un avance en la consolidación de un Estado de derecho participativo, garante del acceso a la justicia y del control del poder público desde una perspectiva de tutela efectiva de derechos colectivos.

Por otro lado, se configura la participación popular a través del derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley y la consulta popular (arts. 39 y 40). Estas herramientas fortalecen la noción de ciudadanía activa y se vinculan con la gobernanza ambiental y el principio de equidad intergeneracional, al habilitar canales institucionales para que la sociedad civil intervenga en la construcción de políticas públicas sostenibles. Varios autores han argumentado que estos mecanismos constitucionales no deben analizarse de forma aislada, sino integrados en un marco de ampliación democrática y fortalecimiento de los derechos colectivos. La participación popular forma parte esencial de la democracia real y concreta, como instancia de control del poder y de promoción de una ciudadanía activa¹⁸.

En lo procesal, se concede la acción de amparo para el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, legitimando activamente a toda persona, además de al afectado, el defensor del pueblo, las ONG legalmente registradas (art. 43) y el Ministerio Público (art. 120). La apertura del acceso a la justicia en materia ambiental ha sido ampliamente reconocida como una innovación progresiva, en línea con el principio de justicia ambiental y con tratados internacionales regionales contemporáneos como el Acuerdo de Escazú, ratificado por Argentina en 2020 mediante Ley N° 27.566. El paradigma ambiental se basa en una idea de interacción compleja que toma en cuenta la participación de múltiples actores sociales en la toma de decisiones ambientales.¹⁹

Puede afirmarse que los preceptos constitucionales descriptos expresan una visión contemporánea e integradora de los principios abordados, en la que la justicia ambiental, la equidad social y la sostenibilidad económica conforman un entramado indivisible y orientador de la acción estatal. Sin embargo, el reconocimiento formal de tales preceptos no garantiza - ni resultan suficientes por sí solos - para lograr su efectiva implementación. Persisten desafíos significativos en cuanto a la operatividad de los derechos ambientales, el cumplimiento efectivo de las obligaciones estatales en sus diferentes estamentos y la transversalización del desarrollo sostenible en la conformación de políticas públicas integrativas y a largo plazo.

3.2. República Federativa de Brasil

La Constitución Federal de Brasil de 1988, conocida como la "Constitución Ciudadana", ha consagrado disposiciones que exigen la consideración de la protección ambiental y el uso

18 Bidart Campos German J. El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa, Ediar, 1995. Disponible en: http://aadconst.org.ar/revistadigital/wp-content/uploads/2015/06/Jimenez_Bidart_Campos.pdf

19 Lorenzetti Ricardo Luis, Teoría del Derecho Ambiental, Edit. Porrúa, 2008, ISBN: 987-970-07-7750-4

sostenible de los recursos naturales en las decisiones de contratación pública.²⁰ Dentro de las instituciones y órganos específicos, impone como función institucional del Ministerio Público, el accionar en resguardo de la protección del patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos.²¹

En el capítulo especialmente dedicado al medio ambiente (Art. 225)²², reafirma que “*todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado*”, colocando en cabeza de la comunidad y del estado “*el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras*”, incorporando de esta forma la noción del desarrollo sustentable. Así, este derecho de todos los ciudadanos, es reconocido como bien de uso común del pueblo y esencial para la salud y la calidad de vida. Se imponen también obligaciones específicas al poder público, tales como preservar y restaurar procesos ecológicos esenciales, proteger el patrimonio genético, exigir estudios de impacto ambiental para actividades potencialmente degradantes, y controlar técnicas y sustancias que representen riesgo para la vida y el ambiente.²³

A fin de “*asegurar la efectividad del derecho*” se detallan siete obligaciones del poder público que creemos conveniente transcribir:

“I. *preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y proveer al manejo ecológico de las especies y ecosistemas*;

II. *preservar la diversidad e integridad del patrimonio genético del país y fiscalizar a las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético*;

III. *definir, en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes a fin de que sean especialmente protegidos, permitiéndose la alteración o supresión solamente a través de ley, y prohibiéndose cualquier utilización que comprometa la integridad de los atributos que justifiquen su protección*;

IV. *exigir, en forma de ley, para la instalación de una obra o actividad potencialmente causante de una significativa degradación del medio ambiente, un estudio previo de impacto ambiental, el cual será dado a publicidad*;

V. *controlar la producción, comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que comporten un riesgo para la vida, la calidad de vida y el medio ambiente*;

VI. *promover la educación ambiental en todos los niveles de la educación y la*

20 Silva, C. A. D., & Romano, C. A., Sustainable public procurement: an analysis of federal public administration from 2012 to 2016. In Latin American J of Management for Sustainable Development (Vol. 4, Issue 2, p. 83), 2018. doi: 10.1504/lajmsd.2018.093820

21 CRFB, art. 129, inc. 3: “São funções institucionais do Ministério Público: III. - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

22 CRFB, Capítulo VI, Del Medio Ambiente, art. 225, parágrafos 1 a 6.

23 Constitución Federal de Brasil, art. 225, para 1.

concientización pública para la preservación del medio ambiente;

VII. proteger la fauna y la flora, prohibiendo por ley, las prácticas que coloquen en riesgo su función ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a tratos crueles”.

El jurista Paulo Affonso Leme Machado destaca que el artículo 225 de la carta magna brasileña es la base normativa que vincula la protección ambiental con los derechos fundamentales, configurando un instrumento legal esencial para la defensa del medio ambiente en Brasil.²⁴ En línea con ello, Édís Milaré subraya la importancia del principio precautorio, del principio contaminador-pagador y la participación ciudadana como pilares constitucionales que fortalecen la gestión ambiental y el control social.²⁵

La participación popular es amplia, reconociéndose el plebiscito, el referéndum y la iniciativa popular (art. 14). En lo procesal, se legitima activamente a cualquier *ciudadano* a fin de promover una acción popular tendiente a anular un acto que pueda resultar lesivo al patrimonio público o a una entidad de la cual el estado sea parte, o a la moralidad administrativa, o *al medio ambiente* y al patrimonio histórico y cultural, quedando el actor, eximido de las costas judiciales, salvo que se comprobara mala fe.²⁶

Se contempla el citado principio contaminador – pagador y de restauración en especie, al establecer que aquél que explotara recursos minerales, se halla obligado a recuperar el medio ambiente degradado, conforme la solución técnica exigida por el organismo público competente establecido por ley. Asimismo, se dispone que las conductas y actividades consideradas lesivas del medio ambiente sujetarán a los infractores, sean personas físicas o jurídicas, a las sanciones penales y administrativas, con independencia de la obligación de reparar los daños causados.

Con relación a los recursos naturales, se afirma el principio de utilización racional, cuando al referirse a la función social de la propiedad rural, manifiesta que la misma debe cumplir con el requisito de la “*utilización adecuada de los recursos naturales disponibles y la preservación del medio ambiente*”. Se establece la necesidad de proteger áreas de especial interés ecológico, como la Amazonia, la Mata Atlántica, la Serra do Mar, el Pantanal Mato-Grossense y la Zona Costera. Estas áreas son consideradas patrimonio nacional y su uso debe ser regulado de manera que se garantice su preservación.

Respetando la tendencia a la descentralización en la aplicación y el principio del nivel

24 Machado Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, edit. Podivm, 2024.

25 Milaré Édís, *Direito do Ambiente*, Revista Dos Tribunais, Thomson Reuters, 2020.

26 CRFB, art. 5, inc. LXXIII. –“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

adecuado de actuación, menciona como competencia de “*la Unión, los estados, el distrito federal y los municipios*”, el “*proteger el medio ambiente y combatir la polución en cualquiera de sus formas y preservar los bosques, la fauna y la flora*”, imponiendo a los mismos actores la obligación de legislar, cada uno dentro de sus propias competencias.²⁷

A su vez, la competencia para la legislación federal se establece en caso de que la propaganda de productos, prácticas y servicios puedan ser nocivos para la salud o el medio ambiente.²⁸ De igual forma, se establece la competencia federal para el tratamiento de las usinas que operen con reactores nucleares, debiendo la norma definir su localización y permitir su instalación. La Constitución distribuye competencias en materia ambiental entre la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, promoviendo una actuación descentralizada y coordinada que busca la protección efectiva del medio ambiente. Esta distribución ha sido avalada por el Supremo Tribunal Federal (STF) en la Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.330/DF, que confirmó la competencia concurrente para legislar en materia ambiental, respetando la autonomía de los entes federativos (STF, ADI 3.330/DF).

Respecto de la participación del sector empresarial, dentro de los principios generales de la actividad económica, establece que el orden económico debe basarse, entre otros, en la defensa del medio ambiente, en lo que puede considerarse una expresión de la unión de racionalidades propuesta.

En esta línea, la Carta Magna consagra el principio del desarrollo sostenible al establecer que la utilización de los recursos naturales debe realizarse de forma que se garantice la preservación del medio ambiente. Esta disposición exige equilibrar el crecimiento económico con la protección de los ecosistemas, incorporando además la participación ciudadana como elemento esencial en los procesos de toma de decisiones relacionados con el ambiente. Se reconoce, en particular, el derecho de las comunidades locales y de los pueblos indígenas a ser consultados y a intervenir en la gestión de los recursos naturales.

Finalmente, la Constitución promueve la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza, configurando ser un sistema integrado de protección ambiental basado en derechos, deberes y competencias que ha sido confirmado y desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia.

Entre sus principales desafíos, Brasil intenta conciliar el crecimiento económico con la preservación del medioambiente y el respeto a los derechos de las comunidades tradicionales. A pesar del marco constitucional robusto que promueve la educación ambiental, el desarrollo

27 CRFB, art. 23, inc. 6 y 7: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI. - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII. - preservar as florestas, a fauna e a flora” y art. 24, inc. 6 y 8.

28 CRFB, art. 22º, parágrafo 3, inc. 2.

sostenible y la participación ciudadana, persisten tensiones estructurales entre los sectores productivos y los compromisos ambientales del país que requieren del fortalecimiento y articulación entre los distintos niveles de gobierno²⁹.

3.3. República Del Paraguay

La Constitución Nacional de la República del Paraguay, sancionada en 1992, constituye un instrumento normativo de avanzada en materia de protección ambiental y desarrollo sostenible, incorporando de forma explícita principios que articulan la tutela ecológica con los derechos humanos y la participación ciudadana. En ese sentido, se reconoce el derecho fundamental de toda persona a *“habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado”*, y se establecen como objetivos prioritarios de interés social *“la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral”* (art. 7). Estas metas orientan la legislación y la política pública, revelando un compromiso constitucional con el desarrollo sostenible.

La Carta Magna paraguaya también establece deberes concretos del Estado y de los particulares en la protección ambiental. En particular, se dispone que *“las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley”* y que esta podrá *“restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas”*, al tiempo que se prohíbe expresamente *“la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos”* (art. 8). Esta disposición no sólo consagra un principio precautorio, sino que introduce la dimensión de responsabilidad al establecer que *“todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar”*, con clara alusión al principio de “contaminador-pagador”.

El dominio de los recursos naturales es atribuido al Estado, quien posee titularidad sobre *“los hidrocarburos, minerales sólidos, líquidos y gaseosos que se encuentren en estado natural en el territorio de la República”* (art. 112), lo que refuerza su rol como administrador responsable de bienes colectivos. Por su parte, el artículo 114 impone a la legislación sobre reforma agraria la obligación de atender, entre otros aspectos, al *“aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y a la preservación del equilibrio ecológico”*.

En cuanto a la figura del Defensor del Pueblo (art. 276), este actúa como un garante adicional de los derechos colectivos - entre ellos los ambientales -, actuando como comisionado

29 Presidencia da República do Brasil, Secretaria de Comunicação Social Stronger integration of agriculture, economy, environmental conservation bolsters healthy growth, 2024. Disponible en: [https://www.gov.br/secom/en/latest-news/2024/11/stronger-integration-of-agriculture-economy-environmental-conservation-bolsters-healthy-growth?](https://www.gov.br/secom/en/latest-news/2024/11/stronger-integration-of-agriculture-economy-environmental-conservation-bolsters-healthy-growth?utm_source=chatgpt.com)utm_source=chatgpt.com

parlamentario sin funciones jurisdiccionales, pero con atribuciones para canalizar reclamos populares y proteger intereses comunitarios.³⁰ En esa misma línea, se reconoce la legitimación activa de cualquier persona, en forma individual o colectiva, para reclamar ante las autoridades “*medidas para la defensa del ambiente*” (art. 38), abriendo paso a la protección de los llamados intereses difusos.

La Constitución garantiza el acceso a la justicia a través de la acción de amparo ambiental (art. 134), mecanismo que, en conjunción con el artículo 38, fortalece el control ciudadano de los actos u omisiones que vulneren derechos vinculados al entorno y la calidad de vida. En términos de participación democrática, la normativa establece que “*toda persona, individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tiene derecho a peticionar a las autoridades, por escrito*” (art. 40), e incorpora mecanismos de democracia directa como el referéndum (art. 121) y la iniciativa popular legislativa (art. 123).

Desde una perspectiva territorial y descentralizada, la Constitución atribuye a las municipalidades la “*libre gestión en materias de su competencia*”, incluyendo el urbanismo, el ambiente y la asistencia sanitaria y social (art. 167), lo que representa una manifestación clara del principio de subsidiariedad ambiental, conforme al cual las decisiones deben adoptarse en el nivel de gobierno más próximo a los ciudadanos. Un ejemplo de tales prerrogativas se halla al tratar la necesidad de eliminación de los latifundios improductivos, estableciendo que la ley atenderá (entre otros fundamentos), “*al aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y de la preservación del equilibrio ecológico*”.³¹ En sintonía con esto, sienta como base de la reforma agraria, entre otras, a “*la defensa y la preservación del ambiente*”.³² Por otra parte, el artículo 64 de la Constitución reconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales, consideradas esenciales para su cultura y subsistencia, reforzando así la visión integral del ambiente como sistema social, cultural y natural. En este marco, la protección de la biodiversidad no es una cuestión exclusivamente ecológica, sino también de justicia intergeneracional y respeto por la diversidad étnica.

En conclusión, la Constitución paraguaya se erige como un marco normativo sólido en materia ambiental, anticipando principios que hoy son pilares del derecho ambiental internacional, tales como el desarrollo sostenible, el acceso a la justicia ambiental, la participación ciudadana, el principio precautorio y la equidad intergeneracional.

3.4. República Oriental Del Uruguay

30 CRP, arts. 276 a 280.

31 CRP, art. 116 De los latifundios improductivos.

32 CRP, art. 115, inc. 7.

La reforma de la Constitución de la República Oriental del Uruguay en el año 1997 marcó un punto de inflexión en la protección jurídica del medio ambiente al introducir expresamente el principio de desarrollo sostenible. En su artículo 47, se reconoce que la “*protección del medio ambiente es de interés general*” y se impone a todas las personas la obligación de abstenerse de causar “*depredación, destrucción o contaminación graves*”. Asimismo, la norma establece que será la ley la encargada de reglamentar su cumplimiento, incluyendo la posibilidad de imponer sanciones a quienes transgredan estos principios. El artículo llena el vacío ambiental existente antes de la reforma constitucional, aun cuando se consagra una norma con una concepción un tanto distinta a la de los países vecinos. Mientras que en la región se incorpora la cuestión ambiental como un derecho humano, y en lo procesal, se lo incluye dentro de la categoría de los derechos de tercera generación, en Uruguay se optó por categorizar al derecho como de interés general, circunstancia que puede mover a confusión en lo que hace a su defensa procesal.

A diferencia de otras constituciones latinoamericanas, que suelen conceptualizar el derecho al ambiente sano como un derecho humano o lo inscriben dentro del catálogo de los denominados derechos de tercera generación, el enfoque uruguayo prioriza la noción de interés general. Esta elección semántica no es menor: si bien amplía la posibilidad de intervención estatal para preservar el ambiente como un bien común, puede generar incertidumbre en el plano procesal respecto a quiénes están legitimados para accionar judicialmente en su defensa.

No obstante ello, la redacción del artículo 47 no deja dudas respecto del compromiso constitucional con el paradigma del desarrollo sostenible. Se exige que las actividades productivas se realicen sin comprometer las necesidades de las generaciones futuras, consagrando así uno de los pilares fundamentales de dicho paradigma: la equidad intergeneracional. Además, se incorpora la necesidad de proteger las áreas de especial interés ecológico y se promueve la educación ambiental como herramienta de concienciación transversal.

Aun así, en 1998, el Ministerio de Medio Ambiente presentó un anteproyecto de ley marco sobre el medio ambiente, destinado a reglamentar el nuevo artículo 47 de la Constitución. Dicho proyecto abordaba diversos aspectos, entre ellos las potestades del Poder Ejecutivo en materia ambiental y objetivos generales relacionados con la conservación y la calidad ambiental. Sin embargo, fue fuertemente cuestionado por los gobiernos municipales, quienes alegaron una vulneración de sus autonomías, lo que impidió alcanzar consensos mínimos a nivel nacional. A pesar de ello, distintos sectores han señalado que el anteproyecto carecía de elementos esenciales para constituir una normativa ambiental integral³³.

33 En efecto, el estudio de CLAES (1998) advertía sobre otras ausencias importantes en el ante - proyecto que pasaron desapercibidas. Entre las más importantes se destacan la ausencia de una definición de daño ambiental, la incertidumbre entre la "protección" o la "conservación" del ambiente, la ausencia del concepto de "reparación"

Otra dimensión destacable de la regulación constitucional uruguaya es la participación ciudadana en la gestión ambiental. Aunque no se explicita un procedimiento participativo detallado en la norma suprema, sí se abre la puerta a su regulación por ley, al tiempo que el artículo 72, al reconocer derechos no enumerados que emergen de la dignidad humana, permite extender interpretativamente el derecho a un ambiente sano como parte del haz de derechos fundamentales implícitos.

Cabe resaltar, sin embargo, que la Constitución uruguaya no hace mención específica a los derechos de los pueblos indígenas en materia ambiental, a diferencia de otros textos constitucionales de la región que vinculan el respeto por los territorios ancestrales con la preservación de la biodiversidad y la sostenibilidad. Esta omisión refleja una diferencia estructural en cuanto al enfoque intercultural del desarrollo.

En conclusión, la Constitución uruguaya incorpora los principios de desarrollo sostenible mediante una fórmula normativa que, aunque más acotada en su lenguaje en comparación con otras constituciones latinoamericanas, es jurídicamente operativa. La mención explícita a la sostenibilidad, la obligación de preservar el ambiente y el reconocimiento del interés general como motor de intervención estatal configuran una base sólida desde la cual construir políticas públicas integradas y mecanismos de protección ambiental eficaces.

3.5. Consideraciones Sobre el Reconocimiento en las Constituciones de Los Estados Mercosureños

El estudio comparado de las Constituciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay pone de manifiesto un proceso de transformación institucional y una convergencia regional progresiva en torno a la incorporación de los principios del desarrollo humano sostenible y la protección del medio ambiente como bienes jurídicos fundamentales en sus respectivos ordenamientos. Sin embargo, las fórmulas normativas adoptadas por cada país presentan diferencias sustanciales, que responden a tradiciones jurídicas particulares, modelos diversos de organización estatal y estrategias heterogéneas de implementación normativa.

Particularmente, Argentina, Brasil y Paraguay tienden a conceptualizar el derecho a un medio ambiente sano como un derecho humano de tercera generación, incorporado expresamente en el catálogo de derechos fundamentales y respaldado por garantías procesales efectivas, tales como la legitimación activa amplia para accionar judicialmente y la participación ciudadana en la gestión ambiental. Asimismo, en estos Estados se advierte una estrecha vinculación entre el

ambiental, dónde se ubicará la carga de la prueba, mecanismos de información pública, y la ausencia de instrumentos económicos.

reconocimiento del ambiente como derecho colectivo y la protección de los pueblos indígenas, en el marco de una visión integral del desarrollo sustentable.

Uruguay, en cambio, adopta una fórmula constitucional más acotada y particular. El artículo 47, introducido con la reforma de 1997, reconoce la protección del medio ambiente como un asunto de interés general, sin calificarlo expresamente como un derecho subjetivo. Esta opción terminológica amplía las facultades estatales para intervenir en cuestiones ambientales, pero al mismo tiempo genera incertidumbre en torno a la titularidad del derecho y su exigibilidad en sede judicial. No obstante, la inclusión explícita del principio de desarrollo sostenible, la equidad intergeneracional y la promoción de la educación ambiental reflejan un compromiso normativo claro con los postulados del paradigma ambiental contemporáneo.

En líneas generales, el reconocimiento constitucional de los principios del desarrollo sustentable constituye un avance significativo y trascendental para la región. No obstante, su consagración formal, aunque esencial, no garantiza por sí sola la efectiva implementación de políticas ambientales sostenibles.

La comparación revela una tensión estructural entre enfoques centrados en la titularidad individual o colectiva del derecho ambiental y aquellos que privilegian su conceptualización como bien de interés público. Ambos modelos ofrecen fortalezas y desafíos: mientras unos promueven el activismo ciudadano y la judicialización como herramientas de control, otros priorizan la planificación estatal y la gestión centralizada.

Asimismo, persisten desafíos concretos en cada Estado relacionados con la articulación intergubernamental, la operatividad normativa y la superación de las tensiones estructurales entre crecimiento económico y preservación ambiental. En el marco de una creciente presión internacional sobre los recursos naturales de América del Sur, el fortalecimiento del MERCOSUR como bloque regional adquiere una relevancia estratégica ineludible. Superar estas barreras exige una voluntad política sostenida y la consolidación de mecanismos de cooperación interestatal que permitan traducir los compromisos constitucionales en acciones concretas, procurando mecanismos de integración que subordinen los intereses extractivos inmediatos a una lógica de sostenibilidad a largo plazo.

4. CONCLUSIONES

Pretendimos en este artículo poner de relieve la relevancia de la integración regional para la consolidación de un desarrollo humanamente sostenible. Y enfatizamos el componente *humano* de la teoría. A este fin, en tanto artículo jurídico, reparamos en las normas existentes y proyectadas y como las mismas pueden incidir en la obtención de una relación de cooperación entre

sostenibilidad y utilización de recursos. A este fin, el análisis fue multidimensional, uniendo las dimensiones política, social y económica.

El análisis realizado evidencia avances constitucionales significativos en el reconocimiento del desarrollo sostenible en los cuatro estados miembros originarios del Mercosur. Argentina, Brasil y Paraguay consagran el derecho ambiental como un derecho humano fundamental, con garantías procesales amplias y enfoques integrales que vinculan protección ecológica, equidad social y derechos indígenas. Uruguay, aunque innovador, lo aborda como de "interés general", generando cierta incertidumbre en relación con su exigibilidad judicial y la legitimación procesal, al interior del bloque.

Se destaca una convergencia regional progresiva en principios afianzados en el derecho internacional general como el de contaminador-pagador, la evaluación de impacto ambiental y la participación ciudadana. Los mismos han recibido impulso normativo a partir de instrumentos como las Directrices Básicas (1994), la RMMA y el diálogo con la Unión Europea. Sin embargo, persisten desafíos críticos. Primero, la existencia de una tensión estructural entre modelos extractivos y de sostenibilidad. Segundo, la armonización normativa se encuentra incompleta lo cual explica asimetrías en su implementación. Tercero, persiste una debilidad institucional ambiental en el Mercosur. Cuarto, ausencia de integración efectiva de las dimensiones sociales y económicas en políticas públicas.

El marco constitucional existente ofrece una base sólida para construir un modelo de desarrollo inclusivo y resiliente, donde la integración regional sea una fuerza dirigida a equilibrar el necesario crecimiento económico, con la equidad intergeneracional y la preservación ecosistémica de la subregión.

Todo considerado, la prospectiva es esperanzadora si se fortalece la gobernanza al interior del bloque regional, profundizando la coordinación de políticas ambientales y sociales mercosureñas, aprovechando alianzas estratégicas a fin de generar transferencia de tecnología y financiamiento verde, priorizando la educación ambiental y la justicia climática como ejes transversales de toda normativa, tanto doméstica como convencional regional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBÓ Xavier, Suma Qamaña = El buen vivir, Revista Obets, N° 4, Universidad de Alicante, 2009.

ALONSO Regueira Enrique M., La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, ISBN 978-987-03-2415-7, Editorial La Ley, 2012.

BIDART CAMPOS, German J. El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa, Ediar, 1995.
Disponible en:

http://aadconst.org.ar/revistadigital/wp-content/uploads/2015/06/Jimenez_Bidart_Campos.pdf

CAFFERATTA, Néstor A., Introducción al derecho ambiental, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT); Instituto Nacional de Ecología (INE) Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), ISBN: 968-817-682-6, 2004.

CAFFERATTA, Néstor A., El Derecho Ambiental no sólo protege el patrimonio natural sino también el cultural, Misiones On Line, 22 de abril de 2016. Disponible en: https://misionesonline.net/2016/04/22/nestor-cafferatta-el-derecho-ambiental-no-solo-protege-el-patrimonio-natural-sino-tambien-el-cultural/?utm_source=chatgpt.com

GUDYNAS, Eduardo, Derechos de la Naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales, Centro Latino Americano de Ecología Social, ISBN: 978-612-46530-3-2, 2014.

NOVELLI, Mariano H., Fundamentos del carácter revolucionario del Derecho Ambiental, Revista Sapientia, volumen 13, No.2., ISSN 2070-3651 - ISSN L 2710-7566, 2022.

RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio, Análisis de la nueva Constitución Política del Estado, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.

SABSAY, Daniel Alberto, La política ambiental en la Reforma Constitucional de 1994, Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente RIDCA, Mario Peña Chacón. Director, Edición N°1, Derecho Ambiental, 2022.

CONSTITUCIÓN de la Nación Argentina. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

CONSTITUCIÓN de la República de Uruguay. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosleyes/constitucion>

CONSTITUCIÓN de la República Federativa de Brasil. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_web.pdf

CONSTITUCIÓN de la República del Paraguay. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.senado.gov.py/images/archivos/constitucion-nacional-2023/Libro%202023%20-2028%20para%20la%20Web.pdf>

FARN, Doc. “El Medio Ambiente en el MERCOSUR”, Proyecto Y’Guazú. Website FARN www.farn.org.ar. Capítulo III, pto. 7, Conclusiones: algunas sugerencias para el futuro.

FARN, “Documento Estándares y Tecnologías apropiadas”, Website FARN www.farn.org.ar

GRUBB, Michael, KOCH, Mathias, MUNSON, Abby, SULLIVAN Francis, THOMSON Koy , “The Earth Summit Agreements: A Guide and Assessment”. London: Earthscan Publications Ltd., 1993.

ICJ Reports 1997, parag. 140. Caso Gabčíkovo - Nagymaros.

JACOBS, M.- “The green economy”, Pluto Press, Londres, 1991.

KUIK, O. y VERBRUGGEN, H., eds. 1991a- “In Search of Indicators of Sustainable Development”, Dordrecht, Kluwer. 1991b- "In Search of Indicators of Sustainable Development: An Overview".

- LEMONS, J.- "Scientific uncertainty and environmental problem solving", Blackwell Science, Cambridge, 1996.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría del Derecho Ambiental, Edit. Porrúa, 2008, ISBN: 987-970-07-7750-4
- MARKANDYA, y RICHARDSON y MIHALY, Simai, The North the South: Ecological Constraints and the Global Economy, V. Bhaskar and Andrew Glyn, eds., Tokyo: United Nations University Press, 1995.
- MARKANDYA, Anil y RICHARDSON, Julie, eds., The Earthscan Reader in Environmental Economics, London: Earthscan Publications, 1992.
- MASCULL, Bill, Key Words in Science & Technology Harper Collins Publishers, London, 1997.
- MEADOWS, Donella H., MEADOWS Dennis L., RANDERS Jørgen, Resumen Ejecutivo de más allá de los límites, Earthscan (UK), 1992.
- NONNA, Silvia. La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 14 /Nº 47 2017. Electrónica: ISSN 2591-6386
- NORTON, B. B., Sustainability, human welfare and ecosystem Health, Ecological Economics, vol.14, number 2.
- OPSHOOR, H. y REIJNDERS, L., Towards Sustainable Development Indicators, en op. cit. Kuik, O. y Verbruggen, H., eds.,1991, In Search of Indicators of Sustainable Development, Dordrecht, Kluwer.
- PEZZEY, J., Economic Análisis of sustainable growth and sustainable development, Environment Department Working paper No. 15 , World Bank, Washington DC. 1989.
- PNUMA, Dependencia de Derecho e instituciones ambientales, agosto de 1991.
- PORTER M. E., Competitive advantage, creating and sustaining superior performance, Nueva York 1985.
- REDCLIFT, M., Sustainable Development: Exploring the Contradictions, London, Methuen, 1987.
- REES, W., The Ecology of Sustainable Development, The Ecology 20th (Enero – Febrero), 1990.
- SACHS, Ignacy, The Environmental Challenge, Capítulo IX del libro "The Uncertain Quest: Science, Technology and Development", Jean-Jacques Salomon, Francisco R. Sagasti y Celine Sachs-Jeantet, eds. Tokyo: United Nations University Press, 1994.
- SACHS, W., The Gospel of Global Efficiency. On WorldWatch and Other Reports on the State of the World", IFDA Dossier 68 (Noviembre-Diciembre):4. 1989; Bygone Splendor. On the Archeology of the Development Idea (I), PennState University. 1992; Environments, en Sachs, ed., 1992, The Development Dictionary, London, Zed Books.
- SAGOFF, M., The Economy of the Earth, Nueva York, Cambridge University Press, 1998.
- SANTANDREU, A. y E. Gudynas., Ciudadanía en movimiento. Participación y conflictos ambientales, CLAES, FESUR y Trilce, Montevideo, 1998

- SHIVA, V., *Staying Alive: Women, Ecology, and Development*, London, Zed Books, 1992.
- SHIVA Vandana, *Staying Alive: Women, Ecology, and Development*, 1989.
- SMITH Joan, Wallerstein Immanuel and Evers Hans, *Households and the World Economy* Sage, Beverly Hills, 1984.
- SOUSSAN, J.G., Sustainable development, in: Archibugi, F. and Nijkamp, P. (eds.), "Economy and ecology; towards sustainable development", Kluwer, Academic Publishers, Dordrecht, 1992
- SUZUKI, D., *Time to change*, Allen and Unwin, St. Leonards, 1993.
- SWANN, Jennie., *Revista Nuestro Planeta*, PNUMA. T. VI, no. 6, 1992.
- TOKMAN, Victor, Desarticulación social en la periferia latinoamericana, en *Documentos de trabajo PREAL/OIT*, Santiago, Chile, diciembre 1987.
- VAN PELT, M.J.F., *Ecological sustainability and project appraisal*, Avebury, Hampshire, 1993.
- WAISSBLUTH, TESTART y BUITELAAR, *Cien empresas innovadoras en Iberoamérica*, Programa de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo, 1992.
- WILLIAMS, Sylvia Maureen, La controversia del ozono, en *Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*, A-Z Editora, 1993.
- WINOGRAD, Manuel, *Capacidad Institucional para la Producción y Análisis de Datos Ambientales en los Países de América Latina y el Caribe*, CIAT, Cali, Colombia, 1995.

O ACESSO À JUSTIÇA

Ana Clara Ferreira BERALDO¹
João Victor Mendes de OLIVEIRA²

RESUMO

Este artigo propõe uma análise crítica do direito de acesso à justiça sob a perspectiva das barreiras que comprometem sua efetividade no Brasil contemporâneo. Partindo da concepção do acesso à justiça como fundamento de um Estado democrático de direito, o estudo busca compreender os desafios enfrentados por grupos sociais vulneráveis diante de um sistema jurídico que, apesar de suas garantias formais, mostra-se ineficiente, custoso e muitas vezes excludente. A pesquisa adota abordagem qualitativa e exploratória, com base em revisão bibliográfica e documental, incluindo relatórios do Conselho Nacional de Justiça e estudos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A partir da identificação das chamadas "ondas renovatórias" e da atuação das instituições como Defensoria Pública e Ministério Público, investiga-se como reformas estruturais, processuais e extrajudiciais contribuem para a ampliação do acesso substancial à justiça. Conclui-se que a superação das desigualdades jurídicas requer medidas integradas, que considerem não apenas a existência formal de direitos, mas a capacidade real dos indivíduos de exercê-los em condições de equidade.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Grupos Vulneráveis. Estado Brasileiro. Vulnerabilidades Sociais. Igualdade.

RESUMEN

Este artículo propone un análisis crítico del derecho de acceso a la justicia desde la perspectiva de las barreras que comprometen su efectividad en el Brasil contemporáneo. Partiendo de la concepción del acceso a la justicia como fundamento de un Estado democrático de derecho, el estudio busca comprender los desafíos que enfrentan los grupos sociales vulnerables ante un sistema jurídico que, a pesar de sus garantías formales, se muestra ineficiente, costoso y a menudo excluyente. La investigación adopta un enfoque cualitativo y exploratorio, basado en una revisión bibliográfica y documental, incluyendo informes del Consejo Nacional de Justicia y estudios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A partir de la identificación de las llamadas "olas renovadoras" y de la actuación de instituciones como la Defensoría Pública y el Ministerio Público, se investiga cómo las reformas estructurales, procesales y extrajudiciales contribuyen a la ampliación del acceso sustancial a la justicia. Se concluye que la superación de las desigualdades jurídicas requiere medidas integradas, que consideren no solo la existencia formal de derechos, sino la capacidad real de los individuos para ejercerlos en condiciones de equidad.

PALABRAS CLAVE: Acceso a la justicia. Grupos Vulnerables. Estado Brasileño. Vulnerabilidades Sociales. Igualdad.

1 INTRODUÇÃO

A busca por um sistema de justiça verdadeiramente acessível configura um dos maiores desafios enfrentados pelo Estado Democrático de Direito, especialmente em contextos marcados

1 Discente do 8º termo do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Membro do Semillero Latinoamericano de Derechos Humanos. E-mail: anaclaraferberaldo@gmail.com

2 Docente do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual Norte do Paraná.

por desigualdades históricas e deficiências estruturais. A mera positivação do direito de acesso à justiça, por mais ampla que seja, não tem sido suficiente para garantir a materialização desse princípio em realidades sociais caracterizadas por assimetrias econômicas, institucionais e simbólicas. No Brasil, tal contradição se evidencia na convivência entre um arcabouço normativo avançado e um cotidiano processual frequentemente marcado pela morosidade, seletividade e ineficácia.

Nesse cenário, torna-se necessário repensar o conceito de acesso à justiça para além da dimensão formal, deslocando o enfoque para a efetividade das garantias e para a superação dos múltiplos obstáculos que impedem a participação equitativa dos indivíduos na resolução de seus conflitos. Esse movimento implica reconhecer que o acesso à justiça é um processo multifacetado, que envolve não apenas o ingresso ao Judiciário, mas a possibilidade concreta de reivindicar e fazer valer direitos em condições de paridade substancial.

Este artigo parte de uma abordagem crítica e interdisciplinar para analisar as principais barreiras enfrentadas no acesso à justiça no Brasil contemporâneo, resgatando as propostas reformistas consolidadas na teoria das “ondas de acesso à justiça” e articulando esse referencial com dados empíricos e diagnósticos institucionais. A análise também contempla a atuação de atores centrais como a Defensoria Pública e o Supremo Tribunal Federal, investigando de que modo suas estruturas e práticas contribuem ou restringem a democratização da justiça em um país marcado pela desigualdade estrutural.

2 EVOLUÇÃO CONCEITUAL E BARREIRAS DO ACESSO À JUSTIÇA

Os referenciais teóricos que norteiam este capítulo foram selecionados em razão de sua convergência quanto à concepção do acesso à justiça como direito humano basilar e condição sine qua non para a existência de um sistema jurídico genuinamente democrático, igualitário e moderno.

Nesse contexto, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto de São José da Costa Rica (1969), bem como a Declaração Universal dos Direitos do Homem asseguram esse direito, dispondo expressamente que: “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei” (ONU, 1948, p. 6).

Ainda, o direito de acesso à justiça encontra amparo em várias passagens do artigo 5º da Constituição Federal, por meio de garantias como a razoável duração do processo (inciso LXXVIII), o direito ao juiz natural (inciso LIII) e o princípio que impede que a apreciação de lesão ou ameaça a direito seja excluída do Poder Judiciário (princípio da inafastabilidade da jurisdição - inciso XXXV).

Entretanto, a noção de acesso à justiça não pode ser reduzida ao mero direito de acionar o Poder Judiciário, como ainda é defendido por muitos doutrinadores e pensadores. Essa perspectiva limitada negligencia a complexidade do conceito, que engloba um sistema de garantias destinado a assegurar a efetividade dos direitos. Contudo, a pluralidade de significados e a variedade de terminologias associadas ao princípio dificultam a formulação de uma conceituação concisa e abrangente.

Diante dessa problemática, diversos autores têm se dedicado a aprimorar a conceituação do acesso à justiça, buscando distanciá-la da noção reducionista. Nesse contexto, a obra de Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988) destaca-se como um dos estudos mais influentes sobre o tema. O Projeto Florença (Florence Project), por eles coordenado, resultou na publicação da obra intitulada “Acesso à Justiça”, na qual são analisadas as diversas barreiras que obstaculizam o acesso à justiça e reformas propostas, designadas como “ondas de acesso à justiça”, para superar tais obstáculos. A relevância do Florence Project no âmbito acadêmico é inegável, sendo amplamente difundido como referência fundamental no estudo do acesso à justiça. Cappelletti e Garth (1988), ao se debruçarem sobre o tema, reconheceram a complexidade inerente à definição da expressão acesso à justiça.

Dessa forma, Cappelletti e Garth (1988, p. 12) descrevem o acesso à justiça como “o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não só proclamar direitos”, ressaltando sua importância como pilar de um sistema jurídico efetivo. De forma similar, Horácio Wanderlei Rodrigues (1994, p. 28) amplia a compreensão do conceito ao defini-lo como o “acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”, enfatizando sua dimensão axiológica e sua intrínseca ligação com os direitos humanos.

Em consonância com essa compreensão abrangente, a lição seguinte lição revela-se fundamental:

O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo-, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 42).

Ainda, Sandro Marcos Godoy (2017, p.45) apresenta uma interpretação mais ampla, abrangendo também as relações privadas, isto é, a esfera extrajudicial:

Tais soluções que podem ocorrer em um ambiente extrajudicial, a exemplo da arbitragem, não deixam de corresponder integralmente ao princípio do acesso à justiça, ainda que não sujeitas diretamente à chancela do Poder Judiciário para sua validade. Acesso à justiça não

é somente acesso ao Poder Judiciário e às formas de jurisdição, mas toda e qualquer forma de se garantir direitos sociais permitindo que o homem viva integrado em um sistema de direitos que lhe garanta dignidade.

No entanto, além da dissonância conceitual que ainda persiste e apesar do crescente reconhecimento do acesso efetivo à justiça como um direito fundamental nas sociedades contemporâneas, temos uma outra questão que cerca o tema, a noção de "efetividade" ainda carrega certa imprecisão conceitual. Em um cenário ideal, a efetividade poderia ser equiparada à "paridade de armas", considerando unicamente os argumentos jurídicos das partes em disputa, abstraindo-se de quaisquer diferenças alheias ao Direito (CAPELLETTI; GARTH, 1998).

Contudo, a busca por uma igualdade perfeita revela-se utópica e pode até ser considerada desídia, tendo em vista a flagrante desigualdade social que é enfrentada no país entre os indivíduos. Surge, então, a questão crucial de definir os limites dessa busca por um objetivo talvez inatingível e os custos envolvidos nesse processo. Em outras palavras, até que ponto é possível superar os obstáculos que impedem o acesso à justiça?

Zaganelli (2016), fundamentando-se na obra de Cappelletti e Garth (1988), categoriza as barreiras apresentadas pelos autores em três dimensões principais: econômicas, organizacionais e processuais, reconhecendo sua natureza multifacetada.

A barreira econômica manifesta-se, primeiramente, nos elevados custos inerentes ao sistema judiciário. O próprio ato de acionar o Judiciário implica despesas significativas, que incluem não apenas as custas judiciais, destinadas a cobrir os gastos do Estado com a manutenção do sistema, mas também os honorários advocatícios, essenciais para a representação das partes. A questão dos custos se torna particularmente problemática em casos de menor valor, nos quais as despesas processuais podem desproporcionalmente diminuir o benefício econômico da demanda, tornando-a inviável (CAPELLETTI; GARTH, 1998). Os dados do "Justiça em Números 2024" (CNJ, 2024, p. 146) revelam que, em 2023, a arrecadação total de custas judiciais nos Tribunais de Justiça estaduais ultrapassou R\$ 16 bilhões, um montante expressivo que onera diretamente os jurisdicionados.

Ademais, os honorários advocatícios representam outro obstáculo financeiro relevante. Se o sistema americano, que não obriga a parte perdedora a arcar com os honorários do advogado da parte vencedora, apresenta seus próprios riscos, o sistema de sucumbência, adotado em muitos países, pode se configurar como um entrave ainda maior. O custo dos honorários se torna, assim, um impedimento considerável, já que uma ou ambas as partes devem suportá-lo (CAPELLETTI; GARTH, 1998). Nesse interim, segundo o CNJ (2024, p. 148), a litigiosidade excessiva, frequentemente associada à dificuldade de resolução consensual de conflitos, contribui para o aumento da demanda por serviços advocatícios e, conseqüentemente, dos custos para as partes.

É importante ressaltar que a barreira econômica transcende as custas judiciais e os honorários advocatícios. O fator tempo também se insere nesse contexto, uma vez que a longa duração dos processos acarreta corrosão inflacionária e depreciação do valor do bem ou direito em disputa, nesse sentido, o relatório "Justiça em Números 2024" (CNJ, 2024, p. 144) demonstra a persistência de um grande número de processos pendentes no sistema judiciário brasileiro, com uma taxa de congestionamento que, embora tenha apresentado variações, ainda se mantém em patamares elevados. Essa morosidade implica em custos indiretos significativos para as partes, especialmente aquelas com menos recursos financeiros, que podem ter dificuldades em aguardar a resolução de seus litígios.

Outro ponto relevante destacado pelo CNJ (2024, p. 149) é a desigualdade no acesso à Justiça Gratuita. Embora o instituto represente um mecanismo importante para mitigar as barreiras econômicas, a sua distribuição e efetividade podem variar significativamente entre as diferentes regiões e tribunais do país, evidenciando que o acesso à justiça ainda não é plenamente equitativo.

Além dos aspectos econômicos, identificam-se fatores socioculturais que dificultam o acesso à justiça. Estes incluem a capacidade financeira dos indivíduos, seu nível de educação, o meio e o status social, a capacitação pessoal para reconhecer direitos e a frequência de contato com as instituições de justiça. A posse de recursos financeiros confere a capacidade de litigar e aguardar a conclusão do processo, além de permitir a contratação de profissionais qualificados.

A capacitação pessoal, por sua vez, está ligada à habilidade de identificar uma violação de direito, o que pode ser prejudicado pela falta de informação, um problema que geralmente afeta as camadas mais vulneráveis da sociedade. A disposição psicológica também representa um obstáculo, pois mesmo cientes de seus direitos, muitas pessoas optam por não os reivindicar devido ao formalismo do sistema judicial, que pode ser intimidante para aqueles com menor instrução.

Nesse cenário, insere-se a distinção entre litigantes habituais e eventuais. Os primeiros possuem uma vantagem em relação aos segundos decorrente de sua maior experiência com o sistema legal, da economia de escala proporcionada pela quantidade de casos e de maiores oportunidades de estabelecer relações informais com os magistrados (CAPELLETTI; GARTH, 1998).

Os obstáculos organizacionais se manifestam principalmente em relação aos direitos difusos, como questões ambientais e de proteção ao consumidor (ZAGANELLI, 2016). A dificuldade reside em viabilizar ações individuais diante de prejuízos decorrentes de danos coletivos. A fragmentação dos interesses individuais equipara esses casos ao problema das pequenas causas, nos quais as dificuldades práticas impedem o exercício do direito. A união dos interessados seria uma solução para contornar esses obstáculos, não fosse a dispersão entre os prejudicados, que

dificulta a organização para demandar coletivamente (CAPELLETTI; GARTH, 1998).

Finalmente, as barreiras processuais englobam fatores como a morosidade do processo, a sobrecarga do sistema judicial, o formalismo excessivo e a falta de juízes e de gestão eficiente, os quais comprometem a efetividade na resolução de conflitos (ZAGANELLI, 2016).

Para superar ou mitigar essas barreiras, Cappelletti e Garth (1988) identificaram o surgimento de ondas reformistas de acesso à justiça, as quais trataremos de forma mais aprofundada no decorrer deste estudo.

Em suma, delineou-se que o acesso à justiça é uma concepção intrínseca à efetividade dos direitos fundamentais, sendo reconhecido por importantes marcos normativos internacionais e pela Constituição Federal brasileira. Contudo, a análise aprofundada revelou que essa noção complexa vai além do simples acesso ao Poder Judiciário, confrontando-se com uma série de barreiras de natureza econômica, sociocultural, organizacional e processual. Tais obstáculos, evidenciados inclusive por dados recentes do "Justiça em Números" do CNJ, impedem a plena concretização desse direito basilar, reforçando a necessidade de abordagens reformistas, como as "ondas" propostas por Cappelletti e Garth.

2.1 As Ondas Renovatórias do Acesso à Justiça

Objetivando o enfrentamento das diversas barreiras que dificultam o acesso à justiça descritas anteriormente, Cappelletti e Garth (1988) identificaram a emergência de ondas reformistas, as quais buscaram, ao longo do tempo, de forma prática, aperfeiçoar os mecanismos de garantia desse direito. Essas ondas representam esforços progressivos para tornar o sistema jurídico mais acessível e eficaz.

A primeira onda de reformas concentrou-se na oferta de assistência jurídica aos mais necessitados, visando trazer uma solução para a barreira socioeconômica enfrentada. Nos países ocidentais, diversas estratégias foram implementadas para garantir que a condição socioeconômica não fosse um impeditivo ao acesso à justiça. Entre as abordagens adotadas, destacam-se os sistemas de *judicare*, nos quais advogados particulares eram remunerados pelo Estado para atender pessoas de baixa renda; o modelo de advogados empregados diretamente pelo Estado; e a combinação de ambos. Além disso, medidas como a isenção de custas judiciais (a exemplo da França em 1977) e a simplificação dos procedimentos por meio da adoção da oralidade nos processos contribuíram para reduzir os entraves iniciais ao acesso (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 37).

No Brasil, a Defensoria Pública é a instituição responsável por garantir a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal). No entanto, dados de 2022 apontam que quase 25% da população brasileira,

o que corresponde a 52.978.825 pessoas, está impedida de reivindicar seus direitos por falta de acesso à assistência jurídica gratuita. Em um cenário de grande demanda, o Brasil contava com 6.956 defensores públicos em todo o país em 2022, resultando em uma média de um defensor público para cada 33.796 habitantes (Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, 2022).

Em face das limitações de recursos para a Defensoria Pública, de acordo com a Pesquisa Nacional feita pelo órgão em 2024, um expressivo percentual de 78,6% das unidades federativas brasileiras recorre ao sistema suplementar de advocacia dativa remunerada. Embora essa modalidade se apresente como um meio para suprir a demanda por assistência jurídica, o artigo 134 da Constituição Federal atribui à Defensoria Pública a prerrogativa de garantir assistência jurídica integral e gratuita, e a falta de investimento adequado nesta instituição gera um estado de coisas inconstitucional (Pesquisa Nacional Defensoria Pública, 2024).

A atuação dos advogados dativos, apesar de necessária, demonstra-se mais limitada em comparação à Defensoria Pública, seja em termos de abrangência de serviços ou de desempenho. Evidências apontam, por exemplo, que o índice de atraso em análises de progressão de regime é consideravelmente maior para assistidos por advogados dativos (25,9%) em relação aos atendidos pela Defensoria Pública (6,2%) (Pesquisa Nacional Defensoria Pública, 2024). Tais dados reforçam a urgência em fortalecer a Defensoria Pública como via prioritária para o acesso à justiça, alinhando a prática à determinação constitucional e promovendo maior economicidade e eficácia na prestação dos serviços.

A segunda onda de reformas expandiu o foco do acesso à justiça para além dos interesses individuais, voltando-se para a representação jurídica de interesses difusos e coletivos. Essa fase promoveu importantes modificações processuais, permitindo que questões de alcance mais amplo, como proteção ao consumidor e meio ambiente, pudessem ser levadas ao Judiciário, superando a visão restritiva que priorizava apenas as demandas de natureza individual.

Nesse sentido, demandou-se a contestação da premissa de que o processo civil deveria ser exclusivamente: “Um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 19).

A rigidez dessa concepção tradicional impedia a tutela dos direitos coletivos, visto que "a concepção tradicional de processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49). A necessidade de transcender essa visão individualista foi o motor para o desenvolvimento de novos instrumentos jurídicos e procedimentos judiciais aptos a garantir a representação dos interesses de grupos.

Essa busca por mecanismos de representação coletiva é particularmente pertinente considerando-se o desafio que Cappelletti e Garth (1988, p. 26-27) apontam em relação aos direitos difusos: a dispersão dos indivíduos com interesses comuns, que muitas vezes carecem de meios para se organizar e lutar conjuntamente. A divisão inerente a essa situação enfraquece a capacidade de defesa, enquanto a união e a organização fortalecem as demandas (BERNARDES; CARNEIRO, 2018, p. 199). Os autores (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 28-29) ainda sublinham a complexa inter-relação entre as diversas barreiras ao acesso à justiça, ressaltando a importância de uma abordagem holística para evitar consequências negativas ao se tentar solucionar um problema.

Nesse panorama, a Ação Governamental foi significativamente reforçada, com a emergência de agências públicas regulamentadoras altamente especializadas, o estabelecimento do Advogado Público (Estados Unidos) e do Ombudsman do Consumidor (Suécia). Adicionalmente, destacaram-se a Técnica do Procurador-Geral Privado e a do Advogado Particular de Interesse Público, que englobavam a fundamental possibilidade de propositura de ações coletivas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). A relevância dessas iniciativas reside em seu propósito de superar a "pobreza organizativa" inerente a diversos grupos humanos (CAPPELLETTI, 1988) e de prover "maior eficácia, quanto à celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, para o atendimento de pretensões coletivas [pelo Poder Judiciário]" (RIBEIRO, 1998, p. 57).

No Brasil, a manifestação da segunda onda de acesso à justiça é evidente na crescente utilização e no impacto dos instrumentos de tutela coletiva, como a Ação Civil Pública (ACP), o Mandado de Segurança Coletivo e a Ação Popular. O Ministério Público, instituição essencial na defesa de direitos difusos e coletivos, desempenha um papel proeminente. O Relatório Anual do MP - Dados de 2023, divulgado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mostra um volume significativo de atuação nessa área. De acordo com este relatório, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou 2.057 Ações Cíveis Públicas no ano de 2023. Além disso, o Ministério Público do Trabalho (MPT) promoveu 2.115 Ações Cíveis Públicas em 2023, e os Ministérios Públicos Estaduais (MPEs) somaram 60.598 Ações Cíveis Públicas ajuizadas no mesmo período (CNMP, 2024, p. 116, 126, 137). Esses dados demonstram o engajamento contínuo na defesa de interesses coletivos em diversas áreas, como meio ambiente, consumidor, saúde e probidade administrativa.

Ainda, a Defensoria Pública, além de sua atuação individual, também se configura como um importante legitimado para a propositura de ações coletivas. Em 2022, as Defensorias Públicas estaduais foram responsáveis por 2.884 ações coletivas e 1.636 recomendações (Pesquisa Nacional da Defensoria Pública, 2023), evidenciando seu papel na tutela de direitos de grupos socialmente vulneráveis. Esses números confirmam a consolidação e a relevância dos mecanismos de tutela

coletiva no sistema jurídico brasileiro, refletindo a adaptação e o fortalecimento das propostas da segunda onda para enfrentar a "pobreza organizativa" e garantir uma prestação jurisdicional mais eficaz para as pretensões coletivas.

A terceira onda, amplamente reconhecida e mais abrangente, introduziu um "novo enfoque" para o acesso à justiça. Em vez de descartar as soluções trazidas pelas ondas anteriores, essa perspectiva as incorpora como parte de um conjunto mais vasto de possibilidades para aprimorar o acesso. O cerne da terceira onda reside em uma análise mais sistêmica, abrangendo: "O conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68).

A emergência da terceira "onda" no debate sobre o acesso à justiça decorreu da constatação de que as soluções previamente concebidas nas fases anteriores não eram suficientes para assegurar a plenitude do acesso. Conforme Cappelletti e Garth (1988, p. 70) indicam, a demanda latente por instrumentos que pudessem efetivar novos direitos impôs uma reconsideração profunda do sistema judiciário.

Essa terceira "onda" buscou superar os obstáculos de natureza propriamente processual, concentrando-se em aspectos "infrassistêmicos" mediante a "simplificação dos procedimentos da justiça estatal e/ou criação de formas extrajudiciais de resolução dos conflitos" (CAVALCANTI, 1999, p. 35). O objetivo é promover um novo enfoque que distinga os diversos tipos de litígios e proponha vias mais eficientes para sua solução. Cappelletti e Garth (1988, p. 71) enfatizam a necessidade de reformas procedimentais, estruturais nos tribunais, a incorporação de leigos ou profissionais especializados, e a utilização de mecanismos privados ou informais de resolução de conflitos.

A preocupação central dessa fase é com o esgotamento da capacidade do Poder Judiciário em responder ao volume crescente de direitos reconhecidos e à litigiosidade contemporânea, além da universalização da jurisdição. Essa solução ganha ainda mais força diante da crise regulatória do direito e da fragilidade crescente do Estado. Cappelletti (1995, p. 52) sublinha a importância de "formas quase-judiciárias ou não-judiciárias", como a conciliação e a mediação, exemplificadas em controvérsias de vizinhança e familiares, visando à desburocratização e desformalização, e até mesmo a uma "deslegalização" como resposta à lentidão judiciária.

Essa realidade de sobrecarga e morosidade do sistema judicial tradicional é corroborada por dados do Conselho Nacional de Justiça. O "Justiça em Números 2024" revela que, em 2023, a Taxa de Congestionamento Líquida Total do Poder Judiciário alcançou 69,6%, o que significa que quase 70% dos processos aptos a serem baixados não foram concluídos (CNJ, 2024, p. 236). Essa ineficiência se reflete nos longos tempos de tramitação: um processo de conhecimento levou, em

média, 4 anos e 8 meses em 2023, enquanto um processo de execução alcançou a média de 7 anos e 9 meses (CNJ, 2024, p. 239, 241).

O obstáculo processual, então, manifesta-se na inadequação do processo judicial tradicional para a efetiva solução de todos os conflitos. A busca por métodos alternativos torna-se essencial para a concretização dos direitos. Contudo, Cappelletti (1994, p. 88) aponta a necessidade de uma conscientização social sobre a conveniência desses meios, que se inserem na própria essência do acesso à justiça: tornar o processo judicial acessível a um universo cada vez maior da população.

Essa conscientização implica não apenas na oferta de métodos alternativos, mas na informação qualificada à sociedade sobre suas vantagens em relação à via judicial. A efetividade desses mecanismos da terceira onda é inegável, com resultados expressivos. Em 2023, foram homologados 2,9 milhões de acordos resultantes de conciliação e mediação nas fases de conhecimento e execução, que movimentaram um valor total de R\$ 20,4 bilhões (CNJ, 2024, p. 246-247). A atuação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) é um pilar fundamental dessa estratégia, tendo homologado 2 milhões desses acordos, gerado R\$ 13,3 bilhões em valor e atendido 2,6 milhões de pessoas no mesmo ano (CNJ, 2024, p. 248). Além de desafogar o sistema, os processos baixados por meio de acordo demonstram uma tramitação significativamente menor, com tempo médio de 1 ano e 3 meses para casos novos e 2 anos e 5 meses para casos pendentes (CNJ, 2024, p. 244).

Entretanto, a implementação desses métodos não está isenta de desafios, como a escolha da instituição adequada para cada caso e a definição de padrões e garantias mínimas para os procedimentos alternativos e seus julgadores (CAPPELLETTI, 1994, p. 89).

Embora esses métodos, como a mediação judicial no Canadá (CAPPELLETTI, 1994, p. 84), já demonstrem resultados positivos, a terceira onda, como "a mais importante expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais" (CAOVILLA, 2003, p. 33), carrega consigo o grande desafio de evitar que a simplificação e a desformalização comprometam as garantias fundamentais do processo. Afinal, a busca por desafogar um sistema que ainda apresenta uma Taxa de Congestionamento Líquida Total de 69,6% (CNJ, 2024, p. 236) não pode se dar à custa de direitos essenciais, um risco que Cappelletti e Garth (1988) advertem que não pode ser ignorado.

3 ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

A garantia do acesso à justiça no Brasil transcende a mera previsão normativa, como o princípio da inafastabilidade da jurisdição contido na Constituição Federal. O papel fundamental do

sistema processual, conforme adverte Levi Rosa Tomé (2014, p. 50), é proporcionar uma tutela judicial justa e eficaz, que se inicia nas vias de acesso do cidadão comum para o Tribunal. Contudo, a realidade brasileira revela que esse objetivo está aquém do ideal. A duração extremamente delicada dos processos, frequentemente decorrente da quantidade excessiva de processos que todos os dias chegam aos tribunais (OLIVEIRA, 2019, p. 85), evidencia uma falha na capacidade do sistema em entregar uma prestação jurisdicional satisfatória.

A estrutura do Poder Judiciário, com suas instâncias e a divisão de competências entre Justiças Federal e Estadual (DIAS; REZENDE, 2024, p. 11), embora formalmente organizada, não tem sido suficiente para superar o descrédito perante o comum dos cidadãos (TOMÉ, 2014, p. 50) que percebem a máquina estatal como incapaz de solucionar conflitos a contento e proporcionar uma ordem jurídica justa. É essa lacuna na efetividade da tutela jurisdicional que abre espaço para a instabilidade das decisões, um fator que se agrava para os grupos sociais vulneráveis, tornando o acesso à justiça ainda mais incerto e desafiador.

Segundo Élide de Oliveira Lauris dos Santos (2013, pag. 83) o modelo do Estado-providência, que prometia expandir e democratizar o acesso à justiça, entrou em crise, o que gerou um nível reduzido de expectativas quanto à real possibilidade de mudança social por meio dos tribunais, sendo o surgimento dos meios extrajudiciais de solução de conflitos uma tentativa de suprir a ineficácia do sistema judicial tradicional.

Ainda, Rosenberg (2008) destaca que a transformação social por meio do Judiciário é limitada, pois as decisões judiciais, para surtirem efeito, dependem da atuação de outros poderes políticos. Nesse sentido, Scheingold (2007) alerta que a simples inclusão de um direito no ordenamento jurídico não garante a sua efetivação, visão que reforça a centralidade do Estado na proteção dos direitos, ignorando que a real implementação desses direitos requer articulações políticas e sociais mais amplas.

Santos (2013) aprofunda a compreensão sobre o acesso à justiça ao analisar a institucionalização do judiciário, contextualizando-o no interior do sistema político como mais uma das suas instituições (Shapiro, 1964). Gisburg e Kagan (2005) reenquadram o papel dos tribunais em três aspectos essenciais:

Em primeiro lugar, o judiciário exerce poder como qualquer outra instituição estatal, e suas decisões não se restringem a meros efeitos entre as partes, mas azem política e afetam o comportamento de agentes governamentais, empresas e grupos de cidadãos (SANTOS, 2013, p. 85). Esse reconhecimento demonstra que os tribunais não são neutros, uma vez que buscam legitimação constante, o que circunscreve suas possibilidades de atuação.

Em segundo lugar, os tribunais interagem dinamicamente com outros órgãos

governamentais e estão sujeitos a pressão externa de ideias, ideologias e políticas. Isso evidencia que as decisões judiciais são moldadas tanto por princípios quanto pelos limites do que é politicamente possível (SANTOS, 2013, p. 86), considerando, inclusive, possíveis retaliações de outros agentes políticos.

Por fim, afirmam que os tribunais exercem influência nos rumos do sistema político e têm autoridade no debate público. Fatores como sua organização, gestão, controle hierárquico, imposições deontológicas e a própria defesa da neutralidade do juiz impactam diretamente a política. A abordagem institucionalista, ao revelar essa atuação política do judiciário, aponta, paradoxalmente, mais limitações do que vantagens (SANTOS, 2013, p. 87) para sua função transformadora no âmbito da emancipação social.

Esse cenário de um judiciário inserido no jogo político e sujeito a diversas pressões compromete a previsibilidade e a estabilidade das decisões judiciais. A instabilidade, ao ser um reflexo das complexas interações e limitações políticas, afeta significativamente os grupos sociais vulneráveis no acesso à justiça, que dependem de um sistema previsível para a efetivação de seus direitos.

A falha do sistema judicial em proporcionar uma ordem jurídica justa e previsível para os mais vulneráveis é evidenciada por casos concretos de grave violação de direitos humanos. Um exemplo chocante é o caso da adolescente de 15 anos que, em outubro de 2007, foi mantida por 26 dias em uma cela masculina com cerca de 30 homens na cidade de Abaetetuba, Pará, por determinação de uma juíza (CONJUR, 2007).

A jovem, que deveria estar em uma cela separada de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, teve sua dignidade, integridade física e psicológica expostas a um risco extremo. A situação, que veio a público e gerou grande repercussão, culminou em diversas ações de responsabilização e na condenação da juíza pelo Conselho Nacional de Justiça em 2010 (UOL Notícias, 2013). No entanto, o caso serve como um lembrete contundente da vulnerabilidade intrínseca de certos grupos diante da falha do sistema judicial em garantir sequer as proteções básicas de direitos.

A lentidão e as decisões contraditórias ou inadequadas, como as que permitiram essa situação desumana, expõem as fragilidades de um sistema que, apesar de formalmente organizado, pode falhar drasticamente em sua missão de proteger os mais fracos, reforçando a crítica de que o acesso à justiça transcende a mera existência de tribunais, exigindo uma efetividade que considere as realidades e vulnerabilidades sociais.

3.1 O Dever Estatal de Garantir o Acesso Igualitário à Justiça

A jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos evidencia que o acesso à justiça não pode ser considerado pleno enquanto persistirem estruturas sociais excludentes que afetam o exercício de direitos por grupos vulnerabilizados. Conforme aponta Víctor Abramovich (2009), as violações de direitos nas democracias latino-americanas não se configuram apenas como episódios isolados, mas frequentemente derivam de padrões estruturais de exclusão, omissão estatal e discriminação institucionalizada, que atingem especialmente mulheres, indígenas, afrodescendentes, crianças e populações em situação de pobreza.

Nesse contexto, o acesso à justiça passa a ser entendido não apenas como o direito de ingressar no Judiciário, mas como a efetiva possibilidade de obter uma resposta adequada e justa, o que exige que o Estado promova ações afirmativas e medidas específicas para remover barreiras materiais, culturais e simbólicas que historicamente impediram o exercício de direitos por determinados setores da população.

A Corte Interamericana também reforça que a ausência de mecanismos eficazes de responsabilização de agentes estatais, a morosidade judicial e a insegurança jurídica perpetuam a exclusão e impedem que o Judiciário cumpra sua função de proteção e promoção dos direitos humanos. Em tais cenários, os grupos vulneráveis deixam de buscar o sistema judicial por desconfiança, descrédito ou temor de revitimização.

O material elaborado pela Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos aprofunda a compreensão sobre o papel ativo que os Estados devem desempenhar na efetivação do direito de acesso à justiça, especialmente no que tange à atuação do Poder Judiciário. De acordo com Nash e Mujica (2010), não basta a existência formal de tribunais e normas constitucionais: o Estado deve assegurar condições concretas para que todas as pessoas, em especial as marginalizadas, tenham acesso real à justiça.

A Corte e a Comissão Interamericana sustentam que o direito ao acesso à justiça abrange, entre outros aspectos: a garantia da assistência jurídica gratuita; a adoção de procedimentos acessíveis e compreensíveis; a formação de magistrados sensíveis à desigualdade social e às múltiplas discriminações e a aplicação efetiva do devido processo legal em todos os tipos de procedimentos, não apenas penais, mas também civis, administrativos e trabalhistas.

Essa abordagem amplia o conceito tradicional de acesso à justiça e reforça a responsabilidade do Judiciário como agente de transformação, especialmente na garantia da previsibilidade, imparcialidade e estabilidade das decisões, o que é vital para os segmentos sociais mais vulneráveis. A instabilidade decisória, especialmente quando afeta direitos fundamentais, representa, segundo Agustina Del Campo (2010), uma negação indireta do direito à justiça, pois compromete a confiança no sistema e perpetua desigualdades já existentes.

Essa compreensão deve ser estendida também às instâncias superiores do Judiciário, como o Supremo Tribunal Federal (STF), cuja estrutura atual compromete a efetividade da função jurisdicional e, por consequência, o próprio acesso à justiça. Segundo João Victor Mendes de Oliveira (2019), o acúmulo de competências atribuídas ao STF — que atua simultaneamente como Corte Constitucional, instância recursal e juízo originário — gera sobrecarga processual crônica, o que reduz sua capacidade de responder com celeridade e profundidade aos casos de relevante interesse social, muitos dos quais afetam diretamente grupos em situação de vulnerabilidade.

Além disso, embora ferramentas como a repercussão geral e as súmulas vinculantes tenham sido instituídas para racionalizar a atuação da Corte, elas não têm sido suficientes para tornar o acesso mais democrático ou efetivo, especialmente diante da ausência de reformas que delimitem com clareza a função constitucional do STF. O autor sustenta que, sem uma reestruturação institucional que resgate a centralidade da proteção dos direitos fundamentais, o STF continuará sendo um tribunal distante da população e, muitas vezes, ineficaz como instrumento de garantia de justiça substantiva para os mais necessitados (OLIVEIRA, 2019, p. 87-89).

Dessa forma, o dever estatal de garantir o acesso igualitário à justiça deve envolver não apenas medidas pontuais de inclusão processual, mas também uma profunda reforma da estrutura e das competências das instituições judiciais superiores, de modo a compatibilizá-las com os princípios constitucionais e interamericanos de acesso à justiça, igualdade e proteção aos direitos humanos.

4 CONCLUSÃO

A investigação empreendida ao longo deste trabalho permitiu compreender que o direito de acesso à justiça, embora reconhecido como essencial à consolidação do Estado de Direito, permanece condicionado por entraves sistêmicos que comprometem sua efetividade. Esses obstáculos, ao se manifestarem de forma persistente e multifatorial, seja por meio da limitação material de recursos, da burocratização procedimental, da ineficiência institucional ou da falta de sensibilidade social das estruturas judiciais, revelam que a simples existência de normas garantidoras é insuficiente para assegurar a fruição equitativa desse direito.

Os aportes teóricos extraídos das ondas renovatórias demonstram que garantir o acesso à justiça demanda um conjunto de políticas estruturantes, com capacidade de dialogar com as complexidades dos contextos sociais e com as demandas por inclusão e justiça distributiva. Da assistência jurídica à mediação de conflitos, passando pela representação de interesses difusos e pelas reformas internas no funcionamento do Judiciário, percebe-se que o enfrentamento das desigualdades jurídicas exige uma atuação articulada e contínua por parte do Estado e das

instituições democráticas.

A análise também indicou a necessidade de redefinir o papel das Cortes Superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, cujas funções excessivamente acumuladas comprometem seu desempenho e sua legitimidade como instância de proteção dos direitos fundamentais. A revisão crítica de suas competências, associada ao fortalecimento das instituições de assistência jurídica, como a Defensoria Pública, revela-se imperativa para aproximar a justiça daqueles que mais dela necessitam.

Diante disso, conclui-se que o acesso à justiça deve ser compreendido não como um fim em si mesmo, mas como uma condição estruturante para a realização dos direitos fundamentais, da cidadania substancial e da própria democracia. Sua efetivação exige mais que reformas legislativas pontuais: requer uma transformação institucional profunda, sustentada por uma lógica de inclusão, sensibilidade social e compromisso com a dignidade humana em sua dimensão prática e concreta.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. **De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos, v. 6, n. 11, p. 7–39, dez. 2009. Disponível em: <https://sur.conectas.org/es/de-las-violaciones-masivas-los-patrones-estructurales/>. Acesso em: 29/05/2025.

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

CAOVILLA, Rogério. **Reforma da justiça e acesso à ordem jurídica justa**. Revista de Informação Legislativa, v. 40, n. 159, p. 33-56, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/Basicos/convencao-americana-direitos-humanos.asp>. Acesso em: 29/05/2025.

CONJUR (Consultor Jurídico). **Menina presa com homens virou jogo de empurra-empurra**. Consultor Jurídico, 30 nov. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-nov-30/menina_presa_homens_virou_jogo_empurra-empurra/. Acesso em: [data de acesso].

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2024**. Brasília, DF: CNJ, 2024. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-mpm-pessoal/>. Acesso em: 29/05/2025.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Mensagem ao Congresso**

Nacional 2025: Anexo: Relatório anual sobre as atividades do Conselho Nacional do Ministério Público e a situação do Ministério Público no País – 2024. Brasília, DF: CNMP, 2024.

DEL CAMPO, Agustina. *Acceso a la Justicia y Poder Judicial en América Latina*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2010.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Quase 25% da população brasileira está impedida de reivindicar seus direitos, aponta Pesquisa Nacional da Defensoria Pública.** 16 jun. 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/quase-25-da-populacao-brasileira-esta-impedida-de-reivindicar-seus-direitos-aponta-pesquisa-nacional-da-defensoria-publica>. Acesso em: 29/05/2025.

DIAS, André Luís Mendes; REZENDE, Paulo Izidio da Silva. **Acesso à Justiça no Brasil: desafios e perspectivas para efetivação dos direitos fundamentais.** Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, São Paulo, v. 10, n. 5, p. 1–14, maio 2024.

GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. **Acesso à Justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa.** Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 8, n. 3, p. 165–194, set./dez. 2021.

GISBURG, Tom; KAGAN, Robert A. **Judicial power and legal liberalism.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.** Nova York, 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/pt/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>. Acesso em: 29/05/2025.

NASH, Claudio; MUJICA, Ignacio (org.). **Acceso a la Justicia y Derechos Humanos: un enfoque desde la Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos.** Santiago: Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, 2010.

OLIVEIRA, João Victor Mendes de. **Por um melhor acesso à justiça no Supremo Tribunal Federal: uma nova proposta.** 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** ONU, 1948. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2025-03/ONU_DireitosHumanos_DUDH_UNICRio_20250310.pdf. Acesso em: 29/05/2025.

O SUL. **Ela tinha 15 anos quando passou 26 dias presa com cerca de 30 homens em uma cadeia.** O SUL, jornal. Disponível em: <https://www.osul.com.br/ela-tinha-15-anos-quando-passou-26-dias-presa-com-cerca-de-30-homens-em-uma-cadeia/>. Acesso em: 29/05/2025..

Pesquisa Nacional Defensoria Pública. **E-book: Pesquisa sobre o Sistema Suplementar de Advocacia Dativa Remunerada no Brasil 2024.** Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/ebook-pesquisa-sobre-o-sistema-suplementar-de-advocacia-dativa-remunerada-no-Brasil-2024.pdf>. Acesso em: 29/05/2025.

RIBEIRO, Antonio Campos. **Do acesso à justiça: enfoque brasileiro.** In: Revista Científica e

Cultural Methodus, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, n. 1, 1998.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** Chicago: University of Chicago Press, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma sociologia dos ausentes.** Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2002.

SANTOS, Élida de Oliveira Lauris dos. **Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece: dinâmicas de colonialidade e narra (alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal.** 2013. Tese (Doutorado em Pós-colonialismos e Cidadania Global) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

SCHEINGOLD, Stuart A. **The politics of rights revisited.** Ann Arbor: University of Michigan Press, 2007.

SHAPIRO, Martin. **Law and politics in the Supreme Court: new approaches to political jurisprudence.** Boston: Little, Brown, 1964.

TOMÉ, Levi Rosa. **Manual de teoria geral do processo.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

UOL NOTÍCIAS. **No Pará, juíza que mandou menina de 15 anos para cela com 30 homens é promovida.** UOL Notícias, 03 out. 2013. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/03/no-para-juiza-que-mandou-menina-de-15-anos-para-cela-com-30-homens-e-promovida.htm>. Acesso em: 29/05/2025.

OCUPANDO A DEMOCRACIA: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 4.451/18

João Pedro Felipe GODOI¹

Rubens BEÇAK²

Vinicius Consoli Ireno FRANCO³

RESUMO

A partir das revoluções liberais do século XVII – em especial a americana e a francesa – a democracia representativa tornou-se o modelo político utilizado no mundo ocidental, tendo em vista que o termo se faz presente em contextos políticos diversos, devido à sua maleabilidade e à capacidade de adaptação por parte do intérprete. Nesse sentido, é o Poder Judiciário o agente responsável por interpretar o substantivo e atribuir-lhe significado por meio do *judicial review*, assim, em 2024, o Supremo Tribunal Federal publicou um caderno de jurisprudência intitulado *Liberdade de expressão, democracia e novas tecnologias*, que categoriza ações envolvendo o termo “democracia”. Dessa forma, questiona-se: como o Supremo Tribunal Federal decidiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.451/18? Para a investigação, adotou-se o método de estudo de caso exploratório, partindo-se da hipótese de que a Corte seleciona os casos para continuar se legitimando como órgão político. Portanto, conclui-se que, apesar de o julgamento ter ido ao encontro de um aprofundamento da democracia, trata-se de um julgado que não se relaciona com os demais casos analisados pela Corte. Ou seja, confirma-se a hipótese de que a seleção dos casos é uma maneira que prioriza, primeiro, a autopromoção da instituição, não um aprofundamento democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Estudo de Caso; Supremo Tribunal Federal.

- 1 Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (PPGDIREITO/UNESP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ - UENP), com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP. Participou do Programa de Iniciação Científica Voluntária da UENP (PICV) entre 2020 e 2021. Foi bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica, financiado pela Fundação Araucária (PIBIC-FA), entre 2019 e 2020.
- 2 Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado nível III da Universidade de São Paulo - USP, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP - FDRP/USP (Graduação e Pós-graduação). É Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo - USP. É Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - campus de Franca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. É Assessor Técnico de Gabinete na Reitoria da Universidade de São Paulo - USP (desde 2022). Ex-Presidente da Comissão de Pós-graduação da FDRP-USP (2017-19). Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional e Eleitoral da USP (latu sensu). Entre 2010 e 2014, foi Secretário Geral da USP. Entre 2014 e 2017, foi Assistente Técnico de Gabinete da Pró-Reitoria de Cultura e Extensão Universitária - PRCEU da USP. É Professor visitante do Centro de Estudios Brasileños - CEB da Universidad de Salamanca - USAL, no curso Master en Estudios Brasileños. Pós-doutorado junto ao Instituto de Iberoamérica da Universidad de Salamanca-USAL (2022). É co-Editor da publicação internacional Revista de Estudios Brasileños / Revista de Estudos Brasileiros (REB). Entre 2014 e 2018, foi Coordenador do Núcleo dos Direitos da Pró-Reitoria de Cultura e Extensão Universitária (PRCEU da USP). investigador do INCT: Trabalho, Instituições e Mercado
- 3 Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Mestre em ciências jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, pesquisador da linha função política do direito e teorias da constituição. Integrante do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP (CPOL-LAB). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

ABSTRACT

Since the liberal revolutions of the seventeenth century – particularly the American and French revolutions – representative democracy has become the dominant political model in the Western world. The term “democracy” appears in a wide range of political contexts due to its malleability and the interpreter’s capacity to adapt its meaning. In this regard, the Judiciary is the institutional actor responsible for interpreting the concept and attributing meaning to it through judicial review. In 2024, the Brazilian Federal Supreme Court published a compendium of case law entitled *Freedom of Expression, Democracy, and New Technologies*, which categorizes decisions involving the term “democracy.” This raises the question: how did the Federal Supreme Court rule in Direct Action of Unconstitutionality n.º 4.451/18? To answer this, an exploratory case study methodology was adopted, based on the hypothesis that the Court strategically selects cases to reinforce its legitimacy as a political institution. The analysis concludes that, although the ruling promoted a deepening of democratic principles, the decision does not align with other cases previously examined by the Court. In other words, the hypothesis is confirmed: the selection of cases primarily serves the purpose of institutional self-legitimation, rather than fostering democratic advancement.

KEYWORDS: Democracy; Case Study; Supreme Federal Court.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho debruça-se em um estudo de caso selecionado pelo próprio Supremo Tribunal Federal em seu caderno de jurisprudência sobre o tema democracia. Além disso, parte-se do pressuposto de que o substantivo “democracia” é um conceito vago, consequentemente, tal abstração e sua forma genérica permitem com que seja utilizado de forma discricionária pelas instituições, tanto as eletivas como as jurídicas, que não possuem o voto popular como forma de legitimidade.

Porém, deve-se ter em vista que o Poder Judiciário está apto a interpretar conceitos, principalmente os impregnados de modelo político com fundamento constitucional. Consequentemente, este, por meio do *judicial review*, vai agir como um agente capaz de delimitar o sistema normativo, ou seja, é capaz de dar ao termo democracia o significado de modelo político-jurídico entendido pelo sistema.

Com isso, busca-se responder à seguinte pergunta: como o Supremo Tribunal Federal decidiu na ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.451 de 2018? E para tentar responder à dúvida, objetiva-se analisar os votos dos Ministros que compatibilizam com o comportamento judicial. Como hipótese, considera-se que o Supremo Tribunal Federal utilizou-se da escolha de ações que compõem tal caderno de jurisprudência para continuar se legitimando como órgão político, e não propriamente com o intuito de agir como delimitador do modelo democrático.

Para abordar os tópicos apresentados, o presente artigo é estruturado da seguinte maneira: em um primeiro momento, expõem-se os aspectos metodológicos que guiaram a presente pesquisa, assim como a justificativa da escolha da ação; posteriormente, descreve o caso em si, abordando

desde a propositura da legislação que seria afastada, como os votos dos Ministros em sede de julgamento; por fim, analisam-se os votos com a lente teórica e com o comportamento do Supremo Tribunal Federal fora da ação objeto.

I – JUSTIFICATIVA DO TEMA E ASPECTOS METODOLÓGICOS

No ano de 2024, o supremo tribunal federal lançou um caderno de jurisprudência intitulado *Liberdade de expressão, democracia e novas tecnologias* (Brasil, 2024), em que estabelece um conjunto de ações em que a própria instituição considerou tratar sobre democracia. O presente artigo se desenvolve sobre uma das ações do controle de constitucionalidade que a Corte delimitou em sua jurisprudência, e nesse sentido, pretende averiguar como o Supremo Tribunal Federal age na conceituação do substantivo “democracia”. A pesquisa concentra-se então, na tensão entre constitucionalismo e democracia: o primeiro como mecanismo de delimitação das regras sociais e de estabelecimento dos princípios políticos fundamentais, enquanto a segunda é conceituada como governo da maioria, sugerindo uma liberdade irrestrita para a vontade da maioria. Assim, o constitucionalismo age como um freio institucional operado por meio do *judicial review*, com o intuito de domar a vontade popular (Sultany, 2012, p. 380–382), por meio do qual uma Corte não eleita avalia políticas adotadas por representantes eleitos. (Beçak; Lima, 2017, p. 126–127).

Para a realização da investigação, a escolha do estudo de caso como metodologia justifica-se por esta ser a abordagem mais adequada quando a pergunta de pesquisa se formula na forma de “como” (Yin, 2014, p. 14), além de ser a principal para compreender além do dispositivo da decisão, o qual envolve a jurisdição constitucional, as condições e os fundamentos que conduziram ao resultado alcançado. Além disso, com o estudo de caso delimitado, sua forma explanatória é a que melhor se adequa para verificação da hipótese apresentada. Isto posto, o estudo traz a descrição dos fatos principais acerca do arranjo jurídico, contudo, o ineditismo que o método revela é a incorporação de valores pelo constitucionalismo à democracia, assim, a exploração é o instrumento capaz de desenvolver conhecimento a partir do caso expostos (Gomes Neto; De Albuquerque; Da Silva, 2024, p. 91).

Dessa maneira, o artigo se apresentará da seguinte maneira: seleção e descrição do caso; apresentação do referencial teórico em que será possível efetuar as inferências, além da identificação de uma possível nova hipótese a ser testada em pesquisas futuras (Gomes Neto; De Albuquerque; Da Silva, 2024, p. 90–91). Com a exposição dos dados obtidos nas ações, de maneira descritiva, as inferências ocorrerão através da técnica de análise de avaliação, que consiste em encontrar as reais bases e significados por detrás das manifestações verbais (Bardin, 1977, p. 156). Após essa etapa, passa-se à análise da expressão empregada – uma variação técnica da análise de

conteúdo –, considerando que o sujeito que profere o discurso utiliza uma forma simbólica para alcançar outro nível de significado, cujos sentidos são posteriormente inferidos pelo pesquisador (Bardin, 1977, p.185). Além disso, essa técnica é usada para avaliar um discurso político-jurídico que pode ser manejado a depender do caso em concreto, assim, a investigação adota como abordagem o método indutivo, conforme mostra a revisão bibliográfica.

II – DA EXPRESSÃO DEMOCRÁTICA AO CONSTITUCIONALISMO: ESTUDO DE CASO DA ADI 4451 DE 2018

Este capítulo versará sobre o objeto da pergunta, portanto, tratará de um estudo descritivo sobre a ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.451 de 2018. Nesse sentido, a exposição, nesse primeiro momento, concentrar-se-á nos acontecimentos legislativos até a propositura da ação do controle concentrado abstrato em 2010.

O Projeto de Lei n.º 2.695 de 1997 – promulgado como Lei n.º 9.504 de 1997 e conhecido como lei das eleições –, tinha como contexto político a votação da proposta de emenda constitucional 1 de 1995, que permitia a reeleição dos cargos eletivos em âmbito executivo. Essa proposta foi apresentada pelo Deputado Federal por Pernambuco José Mendonça Bezerra Filho⁴, filiado ao Partido da Frente Liberal (PFL), no dia 16 de fevereiro de 1995. A proposta teve aprovação tanto pela Câmara dos Deputados quanto pelo Senado, transformando-se em Emenda Constitucional de 4 de 1994, publicada no dia 5 de junho de 1997.

No início do ano de 1997, o vice-líder do Partido Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Edinho Araújo⁵, apresentou o Projeto de Lei n.º 2.695 para que fossem estabelecidas normas para regularização das eleições à partir de 3 de outubro de 1998. Além disso, consta como Justificativa da PL a preocupação com o fortalecimento dos partidos políticos; a participação feminina na vida política (com a proposta de reserva de 30% das candidaturas em eleições proporcionais); a novidade da reeleição, que fez com que o projeto propusesse a introdução de um limite na máquina administrativa, vedando a utilização de caracteres na propaganda estatal nas campanhas, assim como qualquer campanha institucional a partir de 30 de maio de 1998. Além disso, proibiu também transferências de recursos, salvo em emergência e calamidade pública; quanto a propaganda, propõe ainda a possibilidade de aumento para duas horas diárias na programação diária, conforme a Lei n.º 9.100 de 1995 (Brasil, 1997, p. 3302-3303).

4 Atualmente, o político ocupa o mesmo cargo de Deputado Federal, porém, agora filiado ao partido político União Brasil.

5 Atualmente é filiado ao partido Movimento Democrático Brasileiro (MDB), atual sigla do seu antigo partido. O último cargo ocupado pelo político foi o de prefeito na cidade de São José do Rio Preto entre os anos de 2017 a 2024.

A limitação orçamentária prevista no então projeto de lei gerou tensão entre a base governista, que buscava a reeleição, e a oposição. Nesse contexto, o deputado Haroldo Lima (PCdoB–BA) afirmou que o governo demonstrou insatisfação com a atuação do relator do projeto, deputado Carlos Apolinário (PMDB), por este não ter retirado os limites orçamentários inicialmente previstos. Segundo Lima, o presidente da República à época, Fernando Henrique Cardoso, interveio nas negociações e exigiu a inclusão de regras permissivas e casuísticas, que garantiriam vantagens na eleição seguinte, por meio de reuniões realizadas no Palácio do Planalto (Brasil, 1997b, p. 24.415–24.417). Porém, este discurso encontrou eco em demais congressistas, como Marta Suplicy e Edison Andrino (Brasil, 1997b, p. 24469-24480), que elogiam a resistência de interferência em alterar o projeto de lei para favorecer a situação.

O deputado relator, em pronunciamento na Câmara dos Deputados, frisou que a preocupação era a confecção de uma legislação perene, portanto, não casuística, visando somente as eleições de 1998, e que a legislação não seria feita nem para favorecer, nem para prejudicar o governo atual. No futuro, porém, o dispositivo viria a regular propaganda de rádio e televisão, impedindo a situação governamentista de convocar pronunciamentos nas emissoras em justificativas que não se enquadrem como calamidade pública ou emergência (Brasil, 1997b, p. 24549-24550).

No dia 27 de agosto, houve a deliberação sobre o projeto, na Câmara dos Deputados. A posição decisiva, representada nessa deliberação por José Genoíno (PT), posiciona-se favorável à legislação, uma vez que a ementa da reeleição introduziu um elemento novo na vida política, por misturar o candidato com o chefe de governo. Nesse sentido, a legislação, prevendo regras de disputa, era o remédio para que essa mistura não surtisse tanto efeito no resultado das eleições (Brasil, 1997c, p. 25163-25164). Logo, as discussões voltaram-se para a democracia, com os discursos indo ao encontro de que o sistema democrático era o mesmo que o ato da eleição e, portanto, tal ato deveria receber proteção jurídica. Em vista disso, o Projeto foi aprovado e se transformou na Lei n.º 9.504 de 1997, publicada em 30 de setembro de 1997.

No que se refere à propaganda e divulgação dos candidatos, a legislação eleitoral impunha limites à liberdade de expressão, proibindo o uso de recursos audiovisuais – como vídeos ou áudios – que tivessem o propósito de degradar ou ridicularizar adversários, partidos ou coligações, por meio de trucagens, montagens ou quaisquer artifícios capazes de induzir o eleitor ao erro, assim como também era vedada a manifestação de opinião favorável ou contrária a esses atores políticos. Considerando o contexto político em que a Lei das Eleições foi elaborada – marcado pela então inusitada sobreposição entre as figuras do candidato e do detentor do cargo –, infere-se que havia uma preocupação em equilibrar a disputa eleitoral, especialmente diante da vantagem da parte da

população com maior acesso às plataformas de mídia⁶ e, consequentemente, maior poder de influência sobre a opinião pública, tendo em vista de que esses dispositivos vigoraram sem sofrer impugnações significativas até a promulgação da Lei n.º 12.034, de 2009.

Dessa lei, que foi oriunda do Projeto n.º 5.498 de 2009, de autoria do deputado Henrique Eduardo Alves do PMDB e outros⁷, apresentado no dia 30 de junho, propunha alterações tanto na Lei n.º 9.096 de 95, conhecida como lei dos partidos políticos, como na Lei n.º 9.504 de 1997, que estabelece as normas para as eleições. Nesta legislação, inseriu o que se entende por trucagem, explicada como sendo todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degrade ou ridicularize candidato, partido político, a coligação, ou que desvirtua a realidade para induzir a erro. A legislação também delimitou o conceito de montagem, entendida como toda e qualquer junção de registro envolvendo áudio ou vídeo cujo objetivo é degradar, ou ridicularizar adversário político, partido ou coligação. Em vista disso, as emissoras de rádio e televisão tinham uma limitação ainda maior em época de eleição para manifestações de conteúdos políticos. Logo, tais alterações legislativas motivaram o ingresso do controle de constitucionalidade, questionando sobre o uso de trucagem e difusão de opinião que induzem o eleitor ao erro por tais limitações relacionarem-se diretamente com a liberdade de expressão.

Em 24 de agosto de 2010, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), instituição legitimamente habilitada, protocolou ação junto ao Supremo Tribunal Federal questionando dispositivos legais que, segundo a entidade, restringiam indevidamente a liberdade de expressão – direito fundamental consagrado em diversos dispositivos da Constituição Federal. A petição sustentava que tais dispositivos violavam tanto a dimensão substancial da liberdade de expressão, que assegura o desenvolvimento da personalidade individual, quanto sua dimensão instrumental, que garante os meios necessários à realização de outros direitos, em especial aqueles vinculados ao funcionamento da democracia. Nessa perspectiva, a ABERT argumentou que os dispositivos impugnados interferiam gravemente no debate público ao, na prática, proibir a produção de charges, sátiras e programas humorísticos envolvendo candidatos (Brasil, 2018, p. 5–20). Requereu-se, ainda, medida cautelar, justificando-se o pedido com base na proximidade das eleições, marcadas para 31 de outubro daquele ano, e na evidência de que programas de humor populares à época, como *Casseta & Planeta* e *CQC*, haviam reduzido significativamente suas críticas a figuras políticas (Brasil, 2018, p. 25).

6 Essas, até então, eram entendidas como rádios, televisões e jornais. Ainda sem o advento da internet e, por consequência, das redes sociais.

7 Cândido Vaccarezza - PT/SP, José Aníbal - PSDB/SP, Ronaldo Caiado - DEM/GO, Rodrigo Rollemberg - PSB/DF, Sandro Mabel - PR/GO, Mário Negromonte - PP/BA, Brizola Neto - PDT/RJ, Sarney Filho - PV/MA, Fernando Coruja - PPS/SC, Daniel Almeida - PCdoB/BA, Hugo Leal - PSC/RJ, Carlos Willian - PTC/MG, Alice Portugal - PCdoB/BA, Henrique Fontana - PT/RS

Em 26 de agosto de 2010, o relator inicial do processo, ministro Ayres Britto⁸ proferiu decisão monocrática, justificando o ato com base na urgência do pedido. Na decisão, afirmou que não compete ao Estado definir previamente com exatidão o que pode ou não ser dito por indivíduos ou jornalistas, tendo em vista de que não há espaço para uma liberdade de imprensa, se esta é parcial ou submetida à censura prévia. Sustentou ainda que, a liberdade de expressão não é um conceito vazio, mas carrega significados implícitos, como a possibilidade de uma visão crítica do mundo. Segundo o ministro, a “jovem” democracia brasileira não poderia renunciar a esse princípio, assim, sendo essencial garantir o exercício pleno dessa liberdade. Isso assegura ao jornalista, em especial, o direito de criticar autoridades e instituições estatais, tendo em vista, porém, de que eventuais abusos devem ser responsabilizados nas esferas cível ou criminal (Brasil, 2010, p. 1-8). A liminar foi referendada em 2 de setembro de 2010.

O julgamento exauriente do mérito ocorreu no dia 20 de junho de 2018, com uma decisão unânime dos Ministros. Para o ministro relator, o texto constitucional denota preocupação, por parte do Estado, com os riscos da captura da comunicação social por interesses organizados, prejudicando o funcionamento da Democracia. Logo, não havendo permissivo constitucional para restringir o direito à livre manifestação do pensamento, sendo a censura prévia um desrespeito direto ao princípio democrático, de modo que o poder público tende a se tornar arbitrário em cenários onde consegue silenciar a população das críticas. Dessa forma, o ministro segue seu voto afirmando que os legisladores não detêm capacidade para realizar distinções entre comentários políticos úteis e nocivos e que a participação política está interseccionada com a liberdade de expressão. E de que, na democracia, a garantia de expressão de toda população, não somente da maioria é uma garantia e deve ser respeitada, sendo algo necessário para a existência desse modelo de governo, uma vez que nos Estados totalitários o direito de liberdade de expressão foi suprimido mediante força estatal (Brasil, 2018, p. 3-23).

Diante do exposto, o ministro Edson Fachin (Brasil, 2018, p. 23–37) apresentou uma argumentação complementar à do relator, enfatizando a importância de proteger o processo eleitoral contra influências indevidas de poder. Para ele, a garantia da liberdade de expressão é essencial à preservação da democracia. Ao final, acompanhou o voto do relator. Na sequência, o ministro Luís Roberto Barroso (Brasil, 2018, p. 38–42) sustentou que o legislador, ao priorizar a lisura e o equilíbrio do pleito em detrimento da liberdade de expressão, operou uma hierarquização indevida entre direitos fundamentais. Como a Constituição não estabelece hierarquia entre tais direitos, essa escolha legislativa configura afronta ao princípio da unidade constitucional. Barroso argumentou,

8 O ministro se aposentou no dia 18 de novembro de 2012. Seu substituto na relatoria dessa ação foi o ministro Alexandre de Moraes.

ainda, que a liberdade de expressão possui primazia *prima facie* sobre os demais direitos fundamentais e que cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel institucional de superar práticas de censura. Por essas razões, também acompanhou o relator, votando pela inconstitucionalidade dos dispositivos questionados.

A Ministra Rosa Weber (Brasil, 2018, p. 43–50) acompanhou o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, sustentando que a liberdade de expressão é pressuposto fundamental da democracia. Afirmou ainda que os dispositivos impugnados apresentam inconstitucionalidade manifesta e advertiu que admitir restrições à liberdade de expressão sob o argumento de garantir a lisura e o equilíbrio do processo eleitoral resultaria, gradualmente, no enfraquecimento da plena liberdade de imprensa e da atividade jornalística. Já o ministro Dias Toffoli (Brasil, 2018, p. 51), de forma sucinta, declarou que “o riso corrige os costumes”, ou seja, também acompanhou o relator.

O ministro Luiz Fux (Brasil, 2018, p. 53–75), ao iniciar seu voto, destacou que, em sua experiência no Tribunal Superior Eleitoral, compreendeu que os debates envolvendo liberdade de expressão demandam uma intervenção mínima por parte do Poder Judiciário, justamente em razão da pluralidade de ideias que caracteriza o regime democrático. Reconheceu, contudo, que, embora as democracias liberais não admitam direitos absolutos, sendo legítimo o confronto entre a liberdade de expressão e a proteção do processo eleitoral, a atuação da indústria midiática como instrumento de controle social torna pertinente a discussão sobre sua regulação — a qual, segundo ele, não configura necessariamente censura. Ainda assim, mesmo reconhecendo a legitimidade dos objetivos da norma impugnada, Fux votou pela sua inconstitucionalidade. Nesse sentido, Ricardo Lewandowski (Brasil, 2018, p. 76-81) associa a liberdade de expressão como indissolúvel à democracia, uma vez que esta só é possível mediante pluralidade de ideias. Posteriormente, Gilmar Mendes dialoga com o ministro, ressaltando que a Corte deve agir como barreira como as *fake news*, principalmente em processos eleitorais, colocando como exemplo os vazamentos das ações penais envolvendo a Lava Jato.

Ao proferir seu voto, Gilmar Mendes (Brasil, 2018, p. 82-97) inicia expondo a importância da liberdade de expressão para o regime democrático, por esta ser dotada de instrumentos capazes no fomento de debates. Lembra ainda que o constituinte originário não concebeu a liberdade de expressão como posição de direito absoluto, porém, de que ainda sim, não foram fixados parâmetros para o exercício da liberdade de informação ou expressão. Continua seu voto descrevendo sobre a dificuldade de conceituação única da liberdade artística, expondo julgados da Corte Alemã, que possui uma capacidade de inovação, caso sejam atingidos fins políticos ou religiosos, pois isso não alteraria o seu caráter artístico. Consequentemente, sendo tais atos submetidos ao judiciário em caso de confronto com outro direito. Sobre a liberdade e a imprensa, o

ministro vota no sentido de reconhecer a importância para a democracia e afirma que em países com noções avançadas desse modelo político, tal liberdade vem sendo construída e aprimorada paulatinamente.

No caso brasileiro, as primeiras Constituições previam expressamente a possibilidade de a lei restringir a liberdade de imprensa, nesse sentido, foi somente com a constituição cidadã que se adotou o modelo liberal de garantia de liberdade, não impedindo que sofresse delimitação na jurisprudência, concluindo assim, que o verdadeiro significado de liberdade de imprensa encontra-se na jurisprudência constitucional. Conclui seu voto reconhecendo que a eventual divulgação das formas que a lei visa coibir pode causar um desequilíbrio no processo eleitoral, porém, entende que proibir qualquer manifestação é desproporcional e que há mecanismo de ajustes *a posteriori*. Logo, finaliza sua fala pela inconstitucionalidade dos objetos impugnados (Brasil, 2018, p. 97-129).

Marco Aurélio limita-se a fundamentar que a censura prévia é incompatível, e de que os objetos atacados significam tal forma, acompanhando o relator (Brasil, 2018, p. 130). Celso de Mello (Brasil, 2018, p. 131-151) inicia seu voto constatando que não existem sociedades livres sem a liberdade de expressão, comunicação, de informação e de criação artística, ou seja, de que é inaceitável qualquer deliberação estatal que importe em controle desses atos. Considerando que a liberdade de expressão constitui elemento fundamental para a garantia e integridade do regime democrático – inclusive em programas humorísticos –, reconhece-se que o riso e o humor ocupam papel incontestável na promoção do pensamento crítico. Por essa razão, devem ser resguardados pela liberdade de expressão e pela proteção jurídica, de modo a possibilitar um efetivo pluralismo político e a livre circulação de ideias. Diante disso, conclui-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos questionados.

A ministra Cármen Lúcia, última a proferir voto, na modalidade vogal (Brasil, 2018, p. 152–162), argumentou que a norma proibitiva em análise impõe um cerceamento à liberdade de expressão. Destacou ainda que a liberdade em discussão nos autos constitui um instrumento essencial para o aperfeiçoamento das ideias na sociedade. Dessa forma, defendeu que técnicas como a trucagem e a montagem são recursos legítimos para a regulação do debate público, não configurando, por si só, a concessão de vantagens ou privilégios a quaisquer candidatos. Em vista disso, reconheceu pela inconstitucionalidade dos objetos. Todos os Ministros votaram pela inconstitucionalidade, havendo uma unanimidade no julgamento.

III – PREENCHENDO A “DEMOCRACIA” – DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DO SUBSTANTIVO

Após as revoluções liberais do século XVIII, em especial a revolução americana e a

francesa, expandiu-se para o mundo ocidental o modelo democrático como ideal, com a premissa de que o “povo” deveria ser o titular do poder, governando a si próprio (Przeworski, 2021, p. 27), conjuntamente com a representação política, de organização social e de delimitação dos poderes estatais, em frente com os cidadãos. Colocando, assim, a posição de superioridade moral frente aos outros modelos políticos, em especial ao autoritarismo e à aristocracia presente nos países da época.

Ainda que o termo “democracia” carregue um valor axiológico intrínseco, sua concepção é objeto de disputa constante entre as instituições de poder – tanto no âmbito político quanto jurídico, tornando-se assim, um território em disputa pelo poder (Miguel, 2014, p. 27). Trata-se então, de um conceito moldável e adaptável, que varia conforme a perspectiva adotada e as condições sociais vigentes em determinada sociedade.

As disputas conceituais sobre o significado político abrangem um modelo de regras e de princípios, estabelecidos em um documento – a Constituição –, em que se fundamentará as decisões tomadas dentro daquele Estado com o pressuposto a universalidade de participação dentro desse processo decisório (Dahl, 2001, p. 49). Ou seja, a democracia tem duas acepções substanciais: governo do povo e participação popular (Alves, 2013, p. 49).

O embate em torno do termo não se restringe ao campo político-eleitoral, estendendo-se também ao âmbito do Poder Judiciário. Isso se evidencia nas fundamentações das decisões proferidas, que vão além da simples aplicação técnico-jurídica de uma norma a um fato, especialmente no contexto da jurisdição constitucional. Nessa esfera, interpretar a Constituição significa determinar e afirmar os valores consagrados e aceitos pelo regime político vigente. Assim, as motivações que embasam as decisões judiciais constituem um meio de identificar os critérios de balanceamento e os valores que orientam a vida pública (Abboud, 2012, p. 5).

Na acepção substancial de “governo do povo”, a democracia se concretiza por meio do modelo representativo, no qual os eleitores escolhem, por sufrágio universal, representantes que passam a ocupar cargos de poder e tomar decisões que afetam a coletividade. Tal pressuposto e ato fundacional desse modelo político são as eleições (Schumpeter, 2017, p. 339). Outro elemento de grande relevância na democracia é a existência de uma oposição pública ativa. Essa prática reflete a tensão inerente à própria participação popular, pois uma atuação efetiva da sociedade na política implica a possibilidade de contestação e de formulação de propostas alternativas às políticas adotadas pelo governo em exercício (Dahl, 2005, p. 36).

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 4.451/18 buscou solucionar o conflito entre a paridade de armas nas eleições e a liberdade de expressão no espaço público, especialmente no que diz respeito ao humor como forma legítima de participação no debate político. Todos os votos proferidos pelos Ministros abordaram com o intuito de afastar tais excessos normativos que,

em suas perspectivas, cercearam tal participação no debate político, formando uma unanimidade⁹ no julgamento pela inconstitucionalidade.

Em um primeiro momento, a descrição dos votos vai contra o princípio fundante da democracia liberal: o pleito eleitoral e a paridade de armas entre os políticos que disputam o voto popular. Nesse sentido, tendo em vista de que as eleições são o pressuposto fundamental do modelo político democrático, a democracia adquire contornos de superioridade justamente por seu caráter revolucionário: trata-se de um governo dos iguais, que possibilita a alternância de agendas e de poder sem recorrer ao derramamento de sangue (Przeworski, 2021, p. 16). Nesse sentido, constitui uma forma pacífica de resolução de conflitos e de transição no exercício do poder político.

O julgamento, ao afastar a legislação, não se preocupa¹⁰ com o poder da mídia no debate político e sua capacidade de transformar políticos em mercadorias, com o poder de despolitizar e dominar todo o debate (Colling, 2007, p. 32). Além disso, também não levanta a hipótese de o poder econômico influenciar na pauta do que é exibido pelos programas de mídia. O que é uma enorme problemática, pois tal influência do componente econômico nas eleições é algo inerente do próprio sistema capitalista¹¹, o qual as sociedades estão inseridas. Tendo em vista que, mesmo com a existência de limites institucionais, os detentores de capital podem influenciar no pleito e na agenda política imposta naquela sociedade (Przeworski, 2021, p. 92).

Porém, em outra análise dos votos, a eleição pode ser encarada como um filtro que limita a participação popular. Estes filtros instituídos na democracia liberal podem ser desenhados de uma forma que aumente ou diminua a participação nos atos políticos realizados e institucionalidade (Pires, 2021, p. 85). Nesse sentido, compreende-se o ato da eleição também como um filtro¹² da democracia liberal, em que a natureza da representação não está necessariamente em uma correspondência entre representantes vs. representados. Assim, os representantes podem pertencer a uma classe social diferente da maioria presente naquela sociedade, como também podem ser um

9 Motivo pelo qual a presente pesquisa não cria classificações, uma vez que as fundamentações foram todas no mesmo sentido.

10 A preocupação dos votos se encontrava numa abertura para um mercado livre de ideias, onde, com uma pluralidade de falas e opiniões sobre o assunto os candidatos se autorregulariam e, com isso, o uso da mídia seria equânime. Porém, as empresas de mídia são conglomerados econômicos privados e só abrem espaço para a manifestação das ideias de uma determinada pauta que melhor se enquadre em sua programação. Dessa maneira, o livre mercado de ideias se mostra prejudicado justamente por não ser dotado dessa liberdade de acesso aos meios de transmissão.

11 Podendo ser conceituado para fins dessa investigação, que não se centraliza nessa temática, como “sistema no qual a propriedade da maioria dos meios de produção é privada, o que significa que a tomada de decisões fundamentais a todos, aquelas que dizem respeito ao investimento e à geração de empregos, é feita por atores que buscam maximizar primeiramente o lucro” (Przeworski, 2021, p. 92).

12 Tal filtro vai no sentido fundante de participação popular na vida política, uma vez que pode afastar novas figuras políticas. Na política pátria, de acordo com um levantamento realizado pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP) (2018, p. 123), sobre a legislatura entre 2019–2023, apresenta-se como nas eleições de 2018 o número de parlamentares com vínculos familiares, seja com algum parente que está em exercício ou quem já exerceu, é de 175 deputados federais e no Senado corresponde a 24 senadores, totalizando 199 parlamentares com vínculos familiares no Congresso Nacional à partir da legislatura do ano de 2019.

ilustre, desconhecido ou culturalmente distinto dos demais (Campos, Moraes, 2020, p. 16-17). Além disso, a democracia procedimentalista representada na eleição pode assumir uma característica que ela mesma visava combater: aristocracia no comando político. Dessa forma, as eleições, a democracia e o governo “do povo” não são, necessariamente, sinônimos.

Dando continuidade à exposição dos votos, observa-se que, ao se afastar a proteção estrita da paridade eleitoral enquanto pressuposto procedimental das eleições, os ministros se aproximam de uma concepção substancial de participação popular no debate político — uma forma de democracia mais aprofundada. As virtudes deste modelo participativo residem na ampliação do espectro de atores políticos, incluindo grupos historicamente excluídos dos espaços de poder, como trabalhadores, mulheres e pessoas negras, possibilitando que suas pautas históricas sejam incorporadas à agenda política. Assim como a educação política, pelo seu envolvimento cidadão no processo político possuir um caráter pedagógico, contribuindo para a ampliação dos horizontes dos indivíduos, que, de outro modo, permaneceriam restritos às pautas já consolidadas. Esse processo promove uma oxigenação na agenda de governo (Miguel, 2017, p. 85–88). Assim, tal forma de participação vinha em crescimento e já era uma preocupação presente desde a promulgação da Constituição de 1988, o que fez da década de 1990 um período marcado pela intensificação da participação social, instrumentalizada por meio de mecanismos como os orçamentos participativos, os planos diretores e as conferências nacionais (Avritzer, 2013, p. 11–12).

Nesse sentido, a aproximação da Corte Constitucional com um modelo de democracia substancial – especialmente por meio da valorização da participação popular no debate político – alinha-se à dogmática constitucional que fundamenta a legitimidade do controle de constitucionalidade como instrumento de proteção das minorias¹³. Tal atuação permite, inclusive, que um ministro, ainda que não investido por voto popular, afaste uma norma elaborada por representantes eleitos (Barroso, 2018, p. 2197). Porém, como todas as instituições em um modelo democrático, o Poder Judiciário é atravessado pelo contexto histórico e social, portanto, suas decisões vão demonstrar tal interferência. Além disso, o Judiciário também é atravessado pela opinião da sociedade, que não se reveste de uma aceitação total, porém, ainda sim, a decisão é endossada por um segmento social.

O fundamento da decisão menciona raramente a opinião pública, mas sua convergência é demonstrada por fatores exógenos ao texto dos votos (Novelino, 2014, p. 165), como o momento no qual foi proferido o julgamento. Pelo Tribunal não estar submetido a um cumprimento de processo

13 A dogmática classifica, ainda, a Corte constitucional como representativa, entendida como parte de uma democracia deliberativa, onde as eleições não sejam imprescindíveis, mas sim, as razões e as motivações daquela sociedade. Dessa forma, o poder judiciário, por meio das decisões, representa os anseios; e, como iluministas, ainda que de forma episódica, a Corte constitucional é a responsável por fazer com que a sociedade caminhe para frente, em um sentido de progresso contínuo (Barroso, 2018).

já posto, os julgamentos são colocados em pauta pela própria instituição, ou seja, o órgão vai escolher em que condições sociais a decisão vai ser promulgada. Esse momento de escolha se intersecciona com influência direta da opinião pública, uma vez que o interesse pessoal na aprovação de certos indivíduos fornece um incentivo para a adoção de determinados padrões de comportamento (Novelino, 2014, p. 168), logo, os Ministros se preocupam em receber uma reputação positiva do público.

Com o poder de escolha de quando decidir, coloca-se em foco as datas da criação da legislação, em 1995, interposição da ação com a medida cautelar, no ano de 2010, e o julgamento com cognição exauriente pelo plenário em 2018. Apesar do pouco tempo entre os anos de deferimento da cautelar e o julgamento exauriente, o contexto social pode ser visualizado na figura 1, que mostra os índices de esforço de censura do governo¹⁴, na linha vermelha; e de índice de democracia eleitoral¹⁵:

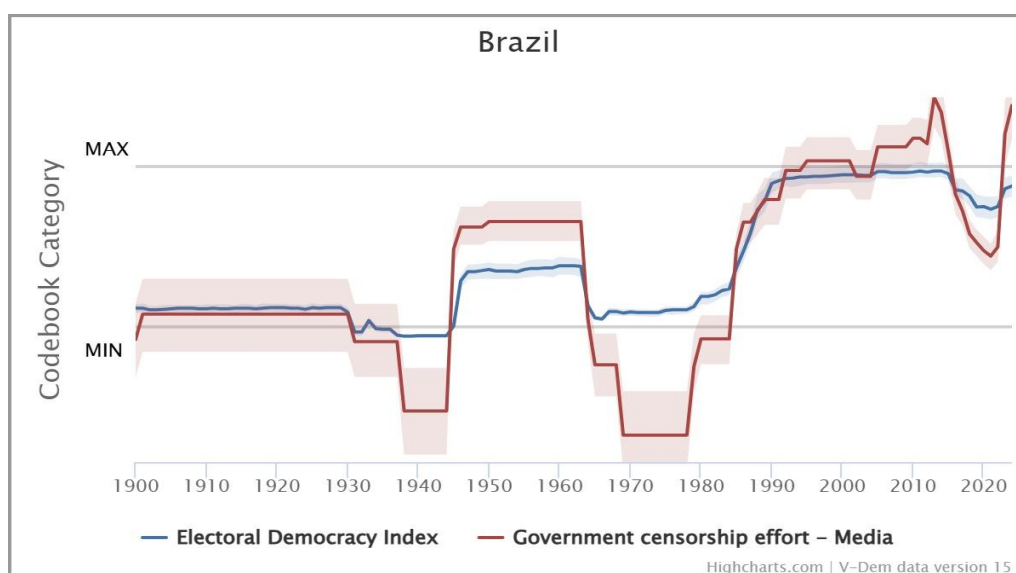


Figura 1 - Contexto Social. Fonte: V-Dem¹⁶ Institute

Com as três datas aqui trabalhadas (1995, sobre a confecção da lei; 2010, com o julgamento da Medida Liminar e; 2018, no julgamento exauriente pelo plenário) observa-se que no primeiro momento, um período em que recentemente havia-se encerrado os “anos de chumbo” da ditadura, havia uma menor interferência do Estado na mídia. Esse padrão se confirmou, dotando a

14 O instituto classifica como respostas para compor a média no gráfico: 0: As tentativas de censura são diretas e rotineiras. 1: As tentativas de censura são indiretas, mas ainda assim rotineiras. 2: As tentativas de censura são diretas, mas limitadas a questões especialmente sensíveis. 3: As tentativas de censura são indiretas e limitadas a questões especialmente sensíveis. 4: O governo raramente tenta censurar a grande mídia de qualquer forma e, quando tais tentativas excepcionais são descobertas, os funcionários responsáveis geralmente são punidos.(V-Dem). Ou seja, quanto mais baixo a linha do gráfico estiver, maior é a interferência do governo na mídia.

15 Busca incorporar o valor fundamental de tornar os governantes receptivos aos cidadãos, alcançado por meio da competição eleitoral pela aprovação do eleitorado em circunstâncias em que o sufrágio é amplo; assim, as organizações políticas e da sociedade civil podem operar livremente.

16 O Instituto independe de pesquisa que busca medir e conceituar a democracia ao redor do mundo.

arena de comunicação de cada vez menos ingerência da estatal, até o ano de concessão da Liminar.

Nesse momento político, ainda vigorava a forma de coalização de se fazer política, entendida como aquela onde o candidato vencedor das eleições tinha que organizar formas de se obter a maioria no Congresso para conseguir governar (Weller; Limongi, 2024, p. 86), uma vez que, se não ocorresse dessa forma, não conseguiria a aprovação de seus projetos de lei, prejudicando a governabilidade. Realizada a coalização, o Supremo Tribunal Federal não detinha o papel principal na formulação das políticas. Dessa maneira, a decisão da ADI n.º 4.451/18 não teve o condão de instrumentalizar o jogo político.

Embora a legitimidade do controle contramajoritário pelas Cortes constitucionais esteja amparada na dogmática jurídica, na prática, esse controle raramente¹⁷ resulta na invalidação de atos parlamentares. Isso porque o momento decisório, por se dar de forma distanciada do processo de criação legislativa, tende a se diluir no tempo. Assim, a eventual declaração de inconstitucionalidade pode não produzir o efeito desejado, uma vez que a sociedade já pode ter se conformado com a situação fática regulada pela norma questionada. Essa prática jurisprudencial de mostra presente na atuação sede-se de controle da constitucionalidade concentrado no Brasil, uma vez que o Supremo Tribunal Federal quando provocado a julgar questões envolvendo direitos fundamentais, opera no sentido majoritário e alinha-se com a legislação, implicando em uma priorização de interesses corporativos (Costa; Benvindo, 2014, p. 72)¹⁸.

Uma situação distinta ocorre no momento de julgamento exauriente pela Corte, conforme ilustrado na Figura 1. Esse período revela maior esforço do poder político em interferir na mídia, indicando que o Brasil atravessa uma nova fase política. A partir de 2013, o padrão de conciliação entre os poderes foi substituído por uma dinâmica de conflito entre as instituições republicanas (Vieira, 2018, p. 15). Esse novo cenário, marcado por afrontas à Constituição, exigiu uma postura diferente do Poder Judiciário, o qual passou a ser identificado, em trabalhos posteriores, como uma instituição baluarte contra o colapso democrático (Gaspardo; Oliveira, 2025, p. 8).

A linha que representa o índice de democracia eleitoral na Figura 1 acompanha a tendência de crescimento em momentos de menor ingerência governamental sobre a mídia. No entanto, à medida que aumentam as tentativas de controle da informação, observa-se uma dispersão na participação popular no processo eleitoral. Esse fenômeno evidencia um afastamento tanto da democracia enquanto procedimento formal como também de sua dimensão substancial, marcada pela interferência no livre debate público.

17 Robert Dahl (1957, p. 282), afirma que a Corte Supremo Norte-Americana, ao longo de 167 anos de existência, afastou 78 artigos legislativos que consideravam inconstitucionais.

18 Tal estudo reúne os julgamentos das ações de controle concentrado proferidos entre 1988 a 2012, considerando a fundamentação do mérito da decisão e não aquelas que foram julgados por questões formais (Costa; Benvindo, 2014).

CONCLUSÃO

O julgamento da ADI n.º 4.451/18 mostra que, além de uma tensão entre a democracia e o constitucionalismo, existia também uma tensão entre diferentes modelos e conceitos democráticos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal foi ao encontro dos estudos empíricos que demonstram um descompasso entre a dogmática constitucional e a jurisprudência, afastando a legislação que previa a forma de se fazer o conteúdo político na mídia.

Os votos dos ministros revelaram preocupação com a democracia substancial, demonstrando que ela não se reduz a um mero ato procedimental do pleito eleitoral, que o modelo político merece um aprofundamento na forma além de procedimento, consequentemente, implicaria um afastamento do pressuposto da democracia liberal. Enquanto isso, o Supremo Tribunal Federal agiu de forma unânime no julgamento dessa ação, sem registros de divergência entre os votos.

A inclusão desse julgamento no caderno de jurisprudência intitulado *Liberdade de expressão, democracia e novas tecnologias* não se deu por acaso. Trata-se de um caso emblemático em que o Supremo Tribunal Federal exerceu sua função contramajoritária – ainda que essa não seja a linha predominante em sua jurisprudência. A decisão reforça a compreensão de que a Corte pode atuar como freio institucional em contextos de transição ou ruptura na dinâmica política, especialmente quando tais mudanças geram tensões entre os poderes republicanos. Essa escolha também se apoia na percepção do STF como uma instituição dotada de autoridade moral superior em relação aos demais atores políticos, o que lhe confere maior aprovação junto à opinião pública. Essa aceitação funciona, em certa medida, como uma forma de legitimação simbólica, suprimindo a ausência de legitimidade representativa direta, já que seus ministros não são eleitos pelo voto popular.

Logo, ainda que a ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.451/18 represente um avanço na participação popular do debate público, aprofundando a democracia, por outro lado, constata uma forma da instituição julgadora se legitimar frente às demais. A seleção do caso se relaciona também, com uma própria autorreferência do Supremo Tribunal Federal como instituição iluminista e defensora do modelo político estabelecido, sendo que esse recorte micro do julgado não se confirma nos outros julgamentos, em uma visão macro sobre o controle de constitucionalidade concentrado.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 921, p. 191-214,

2012.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular: A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013

AVRITZER, Leonardo. **Um Balanço Da Participação Social No Brasil Pós-Constituição** de 1988. In: AVRITZER, Leonardo (org). *Experiência democrática, sistema político e participação*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.

BARDIN, Lawrence. Análise de conteúdo. **Lisboa: edições**, v. 70, p. 225, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 9, n. 4, p. 2171–2228, 2018. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 22 de julho de 2025.

BEÇAK, Rubens; LIMA, Jairo. Uma abordagem institucional sobre o papel do dissenso na democracia. **Juris Poiesis**, v. 20, n. 23, p. 125-139, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano LII, n. 18, p. 3209-3664, 31 jan. 1997. Disponível em: <https://imagem.camara.leg.br/Imagem/d/pdf/DCD31JAN1997.pdf#page=85>. Acesso em 22 de julho de 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano LII, n. 146, p. 24336-24645, 21 ago. 1997b. Disponível em: <https://imagem.camara.leg.br/Imagem/d/pdf/DCD21AGO1997.pdf#page=229>. Acesso em 22 de julho de 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano LII, n. 150, p. 25073-25256, 27 ago. 1997c. Disponível em: <https://imagem.camara.leg.br/Imagem/d/pdf/DCD27AGO1997.pdf#page=97>. Acesso em 22 de julho de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451 Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional. Amicus curiae: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Brasília, DF, 21 jun. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>. Acesso em: 22 de julho de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Liberdade de expressão, democracia e novas tecnologias** [recurso eletrônico]. organização da obra: Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi, Patrícia Perrone Campos Mello. Brasília: STF: CNJ, 2024. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoCatalogoProdutoProduto/anexo/Cadernos_STF_LiberdadeExpressaoeNovasTecnologias.pdf. Acesso em: 01 de junho de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451, Distrito Federal**. Relator: Min. Ayres Britto. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Advogados: Gustavo Binenbojm e outros; Advogado-Geral da União. Brasília, DF, 26

ago. 2010.

CAMPOS, Adriana.; MORAES, Ricardo Manoel de Oliveira. Governo representativo e crise do direito democrático: a confusão entre "democrático" e "eleitoral". **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 120, 8 jun. 2020.

COLLING, Leandro Colling. O "estado da arte" dos estudos sobre mídia e eleições presidenciais de 1989 a 2002. **Diálogos Possíveis**, v. 6, n. 2, 2007.

COSTA, Alexandre Araújo da; BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle de constitucionalidade: O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. **Brasília: Universidade de Brasília**, 2014.

DAHL, Robert Alan. Decision-Making In A Democracy: The Supreme Court As A National Policy-Maker. **Jornal Of Public Law**, p. 279-295, 1957.

DAHL, Robert Alan. **Poliarquia: participação e oposição**. 1ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR (DIAP). **Radiografia do novo Congresso: Legislatura 2019-2023**. Brasília, DF: DIAP, 2018. 164 p. (Estudos Políticos do DIAP).

GASPARDO, Murilo; OLIVEIRA, Adolfo Raphael Silva Mariano de. Autocratização e resiliência democrática no Brasil (2019-2023). **Revista Direito GV**, v. 21, p. e2515, 2025.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; DE ALBUQUERQUE, Rodrigo Barros; DA SILVA, Renan Francelino. **Estudos de caso: Manual para a pesquisa empírica qualitativa**. Petrópolis: Vozes, 2024.

MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e Representação: Territórios em Disputa**. 1ª edição. São Paulo: UNESP. 2014.

MIGUEL, Luis Felipe. Resgatar A Participação: Democracia Participativa e Representação Política No Debate Contemporâneo. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 83-118, 2017.

NOVELINO, MARCELO. O STF e a opinião pública. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ**, n. 54, p. 155, 2014.

PIRES, Matheus Conde. **Participação Popular Nas Emendas Constitucionais No Brasil A Partir Da Tensão Entre Constitucionalismo E Democracia**. p. 124. Dissertação para obtenção de título de Mestre – Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho – PR. 2021.

PRZEWORSKI, Adam. **Por Que As Eleições Importam?**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2021

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. São Paulo: UNESP. 2017

SULTANY, Nimer. State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. **Harv. CR-CLL Rev.**, v. 47, p. 371, 2012.

V-DEM INSTITUTE. Brazil – Electoral Democracy Index and Government censorship effort – Media (1900–2023). Gráfico. Highcharts.com, [2023?]. Disponível em: <https://www.v-dem.net>. Acesso em: 27 jul. 2025.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. Editora Companhia das Letras, 2018.

WELLER, Leonardo; LIMONGI, Fernando. **Democracia negociada: política partidária no Brasil da Nova República**. Editora FGV, 2024.

YIN, Robert K. **Estudo De Caso: Planejamento E Métodos** I. 2.ed.- Porto Alegre: Bookman, 2001.

QUEM TEM MEDO DO POVO? A TRADIÇÃO ANTIPOPLISTA ACADÊMICA

Matheus Conde PIRES¹
Nayara Gallieta BORGES²
Rubens BEÇAK³

RESUMO

As discussões teóricas sobre a categoria populismo tem sido frequentemente associadas à emergência de fenômenos autocráticos e a visões pejorativas, especialmente quando associado à democracia. Dessa forma, o presente trabalho se desenvolve mediante a seguinte pergunta: “como a academia tem tratado o fenômeno populista?”. A partir de tal indagação, procuramos explorar quais são as tradições de pensamento que realizam análises sobre o populismo. Foram construídas três categorias para identificar as perspectivas sobre o populismo: i) o antipopulismo liberal; ii) o antipopulismo progressista; iii) e o apelo ao populismo. A primeira categoria analisa o conjunto de autores que visualizam uma tensão permanente entre populismo e democracia, de modo a generalizar o populismo com traços autoritários, potencial de subversão da soberania popular, como uma não-realização da democracia representativa. Na segunda categoria, discute-se autores que fazem uma crítica tanto às democracias latino-americanas do início a meados da metade do século XX e suas relações com o populismo, de manipulação das massas para a manutenção do *status quo* e de interesses oligárquicos. Por fim, a terceira vertente faz um apelo ao populismo, ao entendê-lo como uma oportunidade de ampliar o espaço político e radicalizar a participação popular nas instituições. Trata-se de uma pesquisa de natureza interpretativa, que visa estabelecer categorias em torno das tradições de pensamento existentes sobre o populismo.

PALAVRAS CHAVE: Autoritarismo. Crise Democrática. Participação Popular.

ABSTRACT

Theoretical discussions on the category of populism have often been associated with the emergence

- 1 Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (processo n 2022/06215-8; BEPE, processo n 2024/07108-6). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP. Membro do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas CPOL/LAB. E-mail: conde.pires@unesp.br
- 2 Doutoranda em Direito (Unesp). Professora Adjunta do Curso de Relações Internacionais da Universidade Federal do Tocantins (UFT), atualmente licenciada até 2026. Mestra em Direito (Uniceub), na área de concentração em Políticas Públicas. Especialista em Ciências Criminais (UFT). Bacharela em Direito (UNESP). Ex- Presidente da Comissão de Direitos Humanos (OAB-TO). Desenvolve estudos no âmbito dos seguintes temas: Democracia, Populismo, Direitos Humanos e Teoria da Constituição. Contato: nayara.gb@uft.edu.br.
- 3 Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado nível III da Universidade de São Paulo - USP, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP - FDRP/USP (Graduação e Pós-graduação). É Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo - USP. É Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - campus de Franca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. É Assessor Técnico de Gabinete na Reitoria da Universidade de São Paulo - USP (desde 2022). Ex-Presidente da Comissão de Pós-graduação da FDRP-USP (2017-19). Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional e Eleitoral da USP (latu sensu). Entre 2010 e 2014, foi Secretário Geral da USP. Entre 2014 e 2017, foi Assistente Técnico de Gabinete da Pró-Reitoria de Cultura e Extensão Universitária - PRCEU da USP. É Professor visitante do Centro de Estudios Brasileños - CEB da Universidad de Salamanca - USAL, no curso Master en Estudios Brasileños. Pós-doutorado junto ao Instituto de Iberoamérica da Universidad de Salamanca-USAL (2022). É co-Editor da publicação internacional Revista de Estudios Brasileños / Revista de Estudos Brasileiros (REB). Entre 2014 e 2018, foi Coordenador do Núcleo dos Direitos da Pró-Reitoria de Cultura e Extensão Universitária (PRCEU da USP). investigador do INCT: Trabalho, Instituições e Mercado

of autocratic phenomena and pejorative views, especially when linked to democracy. In this context, the present work is developed through the following question: “How has academia addressed the populist phenomenon?” Based on this inquiry, we seek to explore the traditions of thought that have analyzed populism. Three categories were constructed to identify the prevailing perspectives on populism: (i) liberal anti-populism; (ii) progressive anti-populism; and (iii) the appeal to populism. The first category analyzes a group of authors who view populism and democracy as being in permanent tension. In this view, populism is generalized as having authoritarian traits and the potential to subvert popular sovereignty. The second category discusses authors who critique both liberal democracy and populism, which they see as a means of manipulating society to maintain the status quo. Finally, the third approach appeals to populism, understanding it as an opportunity to expand the political space and radicalize popular participation in institutions. This is an interpretative study that aims to establish categories based on existing traditions of thought concerning populism.

KEYWORDS: Authoritarianism. Democratic Crisis. Popular Participation.

INTRODUÇÃO

Com as instabilidades políticas que permeiam o cenário político contemporâneo, o termo “populismo” é colocado em destaque para a compreensão dos avanços autocráticos. Normalmente, esta categoria é associada a elementos negativos como “manipulação”, “autoritarismo”, “ditaduras” e outros adjetivos pejorativos. Em resumo, o populismo costuma ser visto como um inimigo da democracia nos debates contemporâneos, de modo que os juristas são chamados para pensar instituições mais aptas à lidar com tal moléstia. Dessa forma, o presente trabalho se desenvolve mediante a seguinte pergunta: “como a academia tem tratado o fenômeno populista?”. Trata-se de uma pesquisa de natureza interpretativa que visa estabelecer categorias em torno das tradições de pensamento existentes sobre o populismo.

Dessa forma, foram construídas três categorias⁴ para identificar as perspectivas sobre o populismo: i) o antipopulismo liberal; ii) o antipopulismo progressista; iii) e o apelo ao populismo. Deste modo, o primeiro capítulo busca apresentar os autores que notam a Democracia Liberal como o ápice da expressão democrática, de modo que eventuais dissonâncias, dentre elas o populismo, é visto como um mal a ser combatido. Em um segundo momento, nota-se que as análises do populismo com viés crítico também são realizadas por autores influenciados pelo marxismo, de modo que alocam o fenômeno como uma forma de manipular as massas a partir dos interesses oligárquicos e de corromper a vontade do proletariado. Por fim, em uma ruptura desta última tradição, nota-se uma deferência ao populismo, o qual decorre a impossibilidade de uma institucionalidade capaz de expressar o povo em sua totalidade.

4 O termo antipopulismo advém do livro “Do que Falamos Quando Falamos Populismo” (Barros; Lago, 2022, p. 57-66), no qual os autores identificam uma tradição antipopulista entre autores alinhados à esquerda da USP. A presente investigação não pretende replicar o estudo dos autores, mas sim ampliar o escopo para compreender as várias vertentes sobre como a academia tem compreendido o populismo.

Percebe-se que, majoritariamente, o populismo tem sido estigmatizado e concebido como um fenômeno prejudicial em âmbito global. Uma pequena vertente dissocia o populismo de algo necessariamente negativo à democracia ou à vontade coletiva. Ao contrário, percebem o populismo como a forma de construção do povo e da própria configuração do social. Os traços distintivos de cada categoria são: i) o antipopulismo liberal pensa a democracia liberal como o ápice da expressão democrática e o populismo consiste em um inimigo; ii) o anti populismo progressista vê que a democracia liberal é uma expressão burguesa e o populismo uma forma de preservar o *status quo*; iii) o apelo ao populismo vê a democracia liberal apenas como uma expressão democrática possível dentre outras, enquanto o populismo apresenta a possibilidade de sua radicalização. Feito este intróito, o artigo se dirige à apresentação de cada uma das categorias, por meio da descrição das ideias dos autores alocados em cada uma.

Em razão das limitações próprias de um artigo, foi necessário delimitar o campo de autores selecionados para a confecção das categorias. Para tanto, buscou-se a utilização dos principais nomes que influenciam e pautam atualmente o pensamento sobre o populismo. Tal levantamento se faz a partir de uma avaliação qualitativa baseada em outros trabalhos que buscam organizar as perspectivas em torno do populismo, tais como: “O populismo e a construção política do povo” (Mendonça; Machado, 2021), “A Crise da Democracia Liberal no Início do Século XXI: Duas Abordagens da Teoria Política” (Rodrigues; Bellato, 2022), “Os usos do conceito de populismo no debate contemporâneo e suas implicações sobre a interpretação da democracia” (Cassimiro, 2021), “O Direito Entre as Várias Faces do Populismo” (Beçak; Pires; Borges, 2024) e “Do que Falamos Quando Falamos de Populismo” (Barros; Lago, 2022). A inovação da presente investigação se coloca em sistematizar neste debate os autores latinos progressistas que também partilham de alguma rejeição ao populismo, mas que acabam não sendo articulados no debate. Mesmo diante das limitações supramencionadas, as categorias construídas demonstram capacidade de englobar eventuais autores não utilizados para a sua construção inicial, bem como o desenvolvimento de pesquisas vindouras.

1. O ANTIPOPULISMO LIBERAL

De modo geral, a perspectiva liberal nota o populismo como um inimigo da Democracia. O Estado Democrático de Direito, calcado na limitação do poder do Estado pelos marcos constitucionais, separação dos poderes e pelos direitos fundamentais, na garantia da soberania popular, é observado como o ápice da expressão democrática, de modo que todo e qualquer movimento que tensione com as instituições é identificado automaticamente como um adversário. Trata-se, de perceber a Constituição como a pré-condição da existência e da permanência da

Democracia, como se os dois elementos fossem complementares e mantivessem uma plena sintonia. A institucionalidade jurídica é mesclada com a concepção de Democracia em uma simbiose, como se não fosse possível pensar a democracia para além dos limites estabelecidos. A ideia de se pensar em um antipopulismo liberal exsurge do livro “Do que Falamos quando Falamos de Populismo” (Barros; Lago, 2022, p. 81), ao mencionar os traços gerais do pensamento sobre o populismo, a partir de uma perspectiva de direita⁵.

Um dos autores mais influentes a respeito do populismo é Cass Mudde (2004, p. 534), o qual compreende o fenômeno como uma ideologia que separa a sociedade em dois grupos antagonistas e homogêneos “o povo puro” e a “elite corrupta”. Contudo, o populismo seria uma ideologia incompleta, capaz de se mesclar com outras, como o comunismo, ecologismo, nacionalismo ou socialismo (Mudde, 2004, p. 544). Canovan (1999, p. 8) rejeita inicialmente a ideia do populismo como ideologia, compreendendo-o como uma sombra que acompanha a democracia diante de sua face “pragmática” e “redentora”. A face pragmática remete à resolução de conflitos de forma realista e sem violência, enquanto a redentora retoma o preceito de soberania popular com a máxima “a voz do povo é a voz de Deus” (Canovan, 1999, p. 12). Porém, posteriormente Canovan (2002), em seus trabalhos posteriores, adere à percepção do populismo como uma ideologia em torno do termo “povo”. Assim, se antes o populismo era visto pela autora como síndrome, agora passa a ser percebido como uma ideologia que possui como elementos centrais - “o povo”, a “democracia”, “soberania” e a “regra da maioria”, de modo a explicitar o paradoxo democrático. Seu enfoque se dirige à forma pela qual o populismo disputa os fundamentos últimos da democracia (Cassimiro, 2021, p. 8), sendo um desafio para a prática democrática.

Com a questão “o que é o populismo?”, Jan-Werner Müller (2016, p. 19-20) entende que o fenômeno consiste em conceber o mundo político por meio de uma moralidade una, homogênea e fictícia, que divide o povo em oposição às elites corruptas ou inferiores moralmente. Assim, apresenta sete características do populismo: i) não é uma patologia “curável”, mas uma sombra ilegítima da política representativa; ii) é anti pluralista e anti elitista; iii) concebe-se como o único verdadeiro defensor do bem comum; iv) promove mecanismos de participação direta sem intenção democrática; v) aproveita-se do clientelismo, da repressão e da corrupção para a manutenção do poder; vi) é incapaz de aproximar o povo e a política; vii) é um inimigo da democracia que não pode ser extinto por completo.

Recentemente, com a eleição de líderes abertamente autoritários, o termo populismo

5 Cabe destaque para o fato de que os autores não desenvolveram uma análise organizada a respeito do que seria o “antipopulismo de direita”. Visto ser um termo hoje repleto de cargas emocionais, bem como associado à mobilizações antidemocráticas, preferiu-se a utilização do termo liberal. Assim, a investigação se volta para os autores principais desta tradição, a fim de construir essa categoria.

chama atenção. David Runciman (2018, p. 81) não delimita um conceito específico do populismo, mas o apresenta como uma crise aguda, permeada por pessoas descontentes com as instituições estabelecidas em razão de sua inabilidade em oferecer respostas aos problemas. Em outras palavras, o autor nota uma dissonância entre as instituições e as expectativas coletivas em torno delas. Em mesmo período um livro se torna *best seller* sobre a autocratização, o “Como as Democracias Morrem”. De Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 33-34), os autores buscam apresentar elementos para qualificar um comportamento autoritário, como: i) negar as regras do jogo; ii) rejeitar a legitimidade dos adversários políticos; iii) tolerar ou incentivar a violência; iv) restringir as liberdades civis. A dificuldade se coloca ao passo que estes indícios de comportamentos autocráticos são apenas sinais de possibilidades. Na obra, os autores veem o populismo como sempre tendente à autocracia, assim, não apresentam outras facetas ou outras manifestações tipológicas de populismo. Ou seja, pode ser que um político apresente parte destes comportamentos autocráticos, mas não venha a tensionar as instituições ou, que não apresente estes indícios, mas seja um autocrata.

No mesmo contexto, Pierre Rosanvallon (2021, p. 18) entende o populismo como o resultado de uma representação que a institucionalidade é inábil para lidar, gerando uma cisão social a partir do líder populista que mobiliza afetos. O populismo consiste, em sua visão, em um apelo à soberania popular (Rosanvallon, 2021, p. 108), baseada em três elementos centrais: i) polarização social; ii) apelo à participação direta e recusa às instituições intermediárias não eletivas; iii) concepção da vontade geral como homogênea, cristalina e espontânea (Rosanvallon, 2021, p. 5). O populismo seria um desafio à democracia por promover a centralização decisória em torno da figura do líder. A saída, portanto, seria aprimorar a institucionalidade para lidar com a representação, de modo a limitar o campo de atuação populista.

Em uma percepção análoga, Pipa Norris (2019, p. 1005) concebe o populismo como um fenômeno que fragiliza as instituições democráticas e o tecido social inerente ao Estado Democrático de Direito. O populismo estaria em torno de uma retórica que enfatiza a soberania popular e desafia a institucionalidade que seria responsável por privilegiar determinada classe (Norris, 2017, p. 11). O antagonismo está no centro desta relação que divide a sociedade entre “nós” e “eles”. Nadia Urbinati (2019, p. 191-192) endossa visão semelhante ao destacar quatro características principais do populismo: i) tensionamento schmittiano; ii) utilização de plebiscitos para entrincheirar constitucionalmente um grupo específico; iii) a liderança como a encarnação da “verdadeira vontade” popular; iv) concepção da democracia como exclusivamente majoritária.

Por fim, Yascha Mounk (2019, p. 47) chama atenção para um elemento até então deixado de lado pelos autores anteriores, o elemento democrático do populismo. Isto pois, o populismo

oferece voz para grupos e anseios marginalizados da institucionalidade. Porém, este agenciamento se dá necessariamente de modo iliberal, ou seja, se mostra como uma ameaça às instituições democráticas. Trata-se de uma mobilização em torno de respostas fáceis para problemas difíceis, pois “os eleitores não gostam de pensar que o mundo é complicado” (Mounk, 2019, p. 50). Embora não trate o populismo como o oposto ideal da democracia ou algo capaz de ser extirpado do seio social, concebe-o como elemento necessariamente negativo, que precisa ao máximo ser coibido.

A tônica dos autores alocados nesta categoria consiste em: i) perceber a democracia liberal como o ápice da expressão democrática; ii) não realizam uma diferença substancial entre institucionalidade e democracia, ou seja, mesclam de certo modo a ideia de democracia e constitucionalismo; iii) o populismo é um mal a ser combatido⁶. Esta forma de conceber o populismo o aloca como um desafio às práticas concebidas como democráticas e não como uma saída adequada para ampliar o espaço democrático. Embora alguns autores notem um elemento de democracia no populismo, ao identificar que se trata de uma mobilização de grupos marginalizados, não concebem o fenômeno como algo positivo ao cenário democrático.

2. O ANTIPOPOLISMO PROGRESSISTA

Os autores progressistas em geral que discutem populismo partem da concepção de uma classe operária definida e com interesses claros, de modo que o populismo nasceria da manipulação de suas demandas e desconfiguração do proletariado em prol da manutenção do *status quo*, ou seja, da manutenção das elites políticas. A ideia de se pensar em um antipopulismo progressista exsurge do livro “Do que Falamos quando Falamos de Populismo” (Barros; Lago, 2022, p. 64), ao explicar sobre a tradição antipopulista de meados dos anos 1970⁷. Mas na presente pesquisa, o enfoque se amplia para compreender as nuances desta lógica entre outros autores de relevo, em especial na América Latina.

Enquanto a origem do populismo no final do século XIX na Rússia e nos Estados Unidos foi academicamente analisada como movimento coletivo (Barros; Lago, 2022, p. 25-28), de uma reação negativa contra a hegemonia da cidade e da indústria sobre o campo e a agricultura (Ianni, 1989, p. 19), no início do século XX, origina-se um novo tipo de populismo, especificamente na América Latina, baseado agora na figura de um líder político. Enquanto o fenômeno anterior

6 Conclusão análoga pode ser vista no artigo “O direito entre as várias faces do populismo” (Beçak; Pires; Borges, 2024).

7 Barros e Lago (2022, p. 57:66) mencionam que o primeiro trabalho acadêmico que trataria sobre populismo seria o de Hélio Jaguaribe, reunindo as ideias dos intelectuais do chamado Grupo de Itatiaia. Mas o antipopulismo de esquerda cresceria a partir de 1977, envolvendo intelectuais da Universidade de São Paulo, especificamente Fernando Henrique Cardoso e Francisco Weffort. Aqui, trataremos de outros intelectuais que somaram-se a este tipo de pensamento de um populismo “pseudodemocratizador”.

buscava manter as bases morais, políticas, econômicas e culturais tradicionais das sociedades agrárias, no caso latino-americano, o fenômeno posterior é predominantemente urbano e modernizador (Mitre, 2008, p. 10). A semelhança com o fenômeno do século anterior está delineada em se manifestar em um momento da sociedade tradicional agrária para a urbano-industrial.

Os autores referidos ao “Populismo Clássico Latino-americano” buscaram compreender justamente este fenômeno na América Latina ocorrido entre as décadas de 1930-1960 e suas análises começaram a partir da década de 1950. Este período é marcado por: transição da sociedade agrária e arcaica para uma sociedade moderna, urbanização intensa, aumento da participação política institucional (com o aumento do sufrágio) e não institucional de parcela significativa da população, majoritariamente trabalhadora (antes agrária, agora industrial), colapso das oligarquias locais, mudanças no imperialismo, de modo que o fluxo de capital no mundo transicional do eixo econômico europeu para os Estados Unidos. As instituições políticas do Estado, até então, pouco representavam a sociedade, voltavam-se na verdade ao atendimento dos interesses das oligarquias, por meio do clientelismo, coronelismo e patrimonialismo, mas continuamente eram pressionadas para atender os interesses da nova classe trabalhadora, até então, no meio rural, marginalizada e negligenciada.

As oligarquias estavam perdendo seu poder com a gradativa organização da classe trabalhadora, agora em partidos e sindicatos. O poder político até então era concentrado nas oligarquias ligadas à produção agrícola voltada para a exportação - predominantemente as famílias cafeeiras paulistas e mineiras. A economia interna dos países estava fragilizada, pois dependia diretamente das exportações e a Crise de 1929 reconfigurou o poder político e econômico, em que as massas passaram a ter mais participação e organização política.

Octávio Ianni (1989) analisa este período a partir dos casos de México, com o cardenismo (1934-1940), Argentina, com o peronismo (1916-1922 e 1928-1930), e Brasil, com o varguismo (1930-1945). Para ele, o populismo latino-americano é resultado do processo de modernização dessas sociedades e de suas relações econômico-capitalistas, já que todos os populismos são reações ideológicas e práticas a um conjunto muito amplo de mudanças. Não somente, mas ele também constata um processo profundo de crise: no modo de vida dos trabalhadores, já que, num primeiro momento, o Estado e a sociedade oligárquica continuaram a privilegiar a economia agro-exportadora, além das consequências práticas de uma urbanização muito intensa em pouco tempo. Há também uma crise da democracia representativa, pois o processo institucional de inclusão política e cidadã foi muito gradual e enfrentou diversas resistências.

Este processo é marcado por uma aliança e antagonismo de classes (logo, um apoio heterogêneo), desencadeando um caráter policlassista do populismo deste período. A combinação

tão peculiar se dá para organizar e possibilitar o funcionamento do poder. Este populismo é resultante, em sua visão, de um caráter “bonapartista”, no qual “o bonapartismo típico resulta de uma luta intensa pelo poder. Ele se impõe quando nenhuma das classes sociais em confronto dispõe de condições para impor o seu mando às outras” (Ianni, 1978, p. 47). Com isso, o poder Executivo torna-se hipertrofiado, forte, semi-ditatorial ou ditatorial, além de centralizador e intervencionista, com a incorporação de sindicatos e partidos ao aparelho estatal.

Na visão de Ianni (1989, p. 9), o que está em jogo é a reformulação das estruturas de dependência, novas exigências políticas das novas classes em um populismo que se organiza como técnica política para que governos e empresas reformulem as condições de barganha e dependência. De um lado as oligarquias agrárias extraíam os seus lucros das atividades que atendiam o mercado externo; enquanto, de outro, havia uma oligarquia industrial emergente que tinha interesses no desenvolvimento do mercado interno. Esta, vai aliar-se com a classe trabalhadora e orientará o nacionalismo nos populismos de esquerda, favorecendo o desenvolvimento econômico interno e a proteção da soberania nacional.

Ianni (1989, p. 82 e passim) conclui que o modelo populista tem limites históricos claros, tanto nas estruturas políticas como econômicas à medida em que se intensifica a internacionalização do capital e a crise política dos anos 1960, representando um produto das contradições do desenvolvimento capitalista dependente na região. Apesar de apresentar avanços, o nacional-populismo não alterou a posição destes três países no sistema capitalista internacional, os interesses de parte da oligarquia nacional aos de países imperialistas, cujos interesses acabaram prevalecendo, principalmente após o encerramento do que ele chama de “ciclo populista” e o encerramento destes governos.

Quanto às massas, este autor indica que, no populismo latino-americano, elas não participam como classes organizadas ou conscientes politicamente, mas como novas formações sociais buscando serem incluídas na política institucional e nas políticas de Estado. Basta lembrar que só podiam existir sindicatos autorizados pelo Estado, a título de exemplo. É inegável o rearranjo das oligarquias e das relações sociais, como a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores, mas havia claros limites da integração dos subalternos na política, mantendo o forte controle das mobilizações populares, bem como da desigualdade histórica da sociedade brasileira.

Por outro lado, Gino Germani (1965, p. 40), apesar de também ler a origem do populismo na América Latina também como típico de um momento de transição da sociedade tradicional à urbano industrial, ele realiza uma comparação destes países com outras sociedades, ao que ele entenderia a realidade local como um “atraso”. Na transição progressiva de uma sociedade “atrasada” para a sociedade “moderna” em termos culturais, políticas e econômicas, estaria a

manifestação do populismo, segundo ele, com base formada pelas massas sem experiência com o mundo urbano.

Por isso, os países em que o populismo se manifesta negam os valores básicos da democracia representativa (Germani, 1965, p. 6). A razão se encontra em que o populista assume o papel que deveria ser do Estado, e com seu personalismo, inclui grupos que estavam à margem do sistema político e de direitos até então. Porém, argumenta o autor, que tal inclusão está além do que as instituições políticas estão preparadas, além de que o Estado se torna mais centralizador. Por ele, as massas são vistas como incapazes de se articular politicamente e por isso se vinculam ao líder, pelos seus traços carismáticos e demagógicos.

Torcuato di Tella (1969, p. 86) também analisa o efeito do populismo com as massas, e denomina de “efeito deslumbramento”. O conjunto de transformações sofridas pelas massas com a complexa mudança das sociedades latino-americanas em meados dos anos 1930, provoca uma certa vulnerabilidade nas massas, que as fazem se sentir atraídas pelas lideranças carismáticas, normalmente demagógicas, segundo ele. Ao mesmo tempo, as massas aumentam suas expectativas de terem suas demandas atendidas, mas em sua visão, a mobilização aqui serve como um instrumento de controle social, porque usado com intuito de reduzir sua organização política.

Neste sentido, di Tella (1969, p. 87) compreende que o populismo é um movimento político que combina o apoio popular com a participação de outras classes sociais, como as elites dos níveis médios e altos e sua ideologia é sempre anti *status quo*, além de um certo estado emocional que favoreça a comunicação entre líderes e seguidores e crie um entusiasmo coletivo. Aqui, di Tella continua em uma ideia similar à de Germani, de uma sociedade atrasada. Ianni (1979, p. 24) denomina este quadro de “coalizão de desiguais”, já que há o que ele chama de debilidade relativa das massas na luta pelo poder, mas também há uma crise de hegemonia das elites. Neste conflito, acabam frequentemente predominando os interesses das elites.

Graciarena (1967, p. 131) também argumenta no sentido das massas serem atraídas pelo populismo em razão da urbanização e industrialização destas sociedades. Assim como Germani e di Tella, o populismo é visto como um desvio para alcançar uma sociedade mais democrática. O que ocorre aqui é o modelo de democracia almejado, que não traduz as particularidades de colonialismo, patrimonialismo, coronelismo e de desvio do poder que existiam no início do século XX nos países latino-americanos em geral. A comparação sempre coloca como almejável o que as sociedades européia ocidental e norte-americana alcançaram. Ianni (1979, p. 25) adverte que, apesar de muitos elementos serem importantes para compreensão do populismo latino-americano, eles não são suficientes para entender a complexidade do fenômeno.

Angela de Castro Gomes (1996, p. 34) também analisa a relação do populismo como

política de massas e a consequência para a participação política dos trabalhadores no contexto da transição da economia e da sociedade para modernas a partir dos autores latinoamericanos sobre populismo. As primeiras formulações do populismo, especialmente a partir do Grupo de Itatiaia, são de que os trabalhadores não adquiriram consciência e sentimento de classe, pois não acabaram se organizando como tal. Vale dizer, no caso brasileiro, o sindicalismo de Estado no Brasil (Boito Jr., 1991), diretamente ligado à ideologia populista, para o autor, condicionava a existência legal dos sindicatos somente após a autorização expressa do Estado. Consequentemente, isso desorganizou o movimento sindical, gerando dependência do Estado e até mesmo o chamado “fetiche do Estado protetor”, isto é, a ideia de que somente o Estado pode intervir em nome dos trabalhadores pelos seus interesses frente ao patronato.

Assim, o populismo é algo do que as massas deveriam se libertar para adquirir a verdadeira consciência de classe. Nesta perspectiva, o populismo é o intermediador e o obstáculo para que as massas se organizem adequadamente, e é o elemento pelo qual as classes dirigentes, em crise de hegemonia, conquistam o apoio político das massas emergentes.

O Estado mediará os conflitos de classe, mas sem deixar de priorizar o compromisso com as oligarquias e grupos dominantes. Assim, o que ela apresenta é que, neste cenário, não há possibilidade de emancipação das massas, pelo contrário, o compromisso e apelo às massas típicos do populismo latino-americano é apenas um recurso para o que ela chama de manipulação populista. Seu real intento é dar “suporte e legitimidade em situação de crise de instabilidade, de incerteza política” (Gomes, 1996, p. 38).

A categoria “manipulação” é proposta, portanto, não de forma unidirecional, mas como possuidora de uma intrínseca ambiguidade, por ser tanto uma forma de controle do Estado sobre as massas, quanto uma forma de atendimento de suas reais demandas. embora seja enfatizada a dimensão do “mascaramento” existente neste atendimento, já que os trabalhadores brasileiros eram fracos numericamente e politicamente, não dispondo de tradições de luta como os europeus, o impacto da política populista é vivenciado de maneira distinta (com acesso à participação política e social), e precisaria ser analisado a partir desta perspectiva (Gomes, 1996, p. 38).

A ideia geral de transformação da sociedade como uma causa central para a emergência do populismo desta época é também um dos pontos centrais para a argumentação de Weffort (2022). Ele se voltará a analisar o populismo dos anos 1945 em diante, pós-Vargas, mas ainda, somando-se aos autores anteriores, sobre uma sociedade em transformação em vários níveis. Assim, conclui se tratar de um contexto de crise do liberalismo oligárquico brasileiro. Dessa forma, se aproxima do pensamento de Angela de Castro Gomes (1996) quando entende que o processo populista de Vargas foi encabeçado por forças oligárquicas que resultou na manipulação das massas.

Angela de Castro Gomes (1996, p. 39), apesar de escrever já em 1996, analisa e sintetiza boa parte dos principais intelectuais do Populismo Latino-Americano, no sentido de que esta

manifestação histórica do populismo foi um processo não só insuficiente para a classe trabalhadora, como predominantemente manipulador. Os limites de incorporação política e econômica das massas na sociedade moderna é, nos anos 1960, com as reformas de base e, finalmente, o seu alcance como sujeitos políticos. Isto é, após o encerramento trágico do governo de Vargas, em 1950 o Brasil vivenciou maiores pressões populares e, finalmente, com o governo de João Goulart, que realizou parte de reformas profundas no Estado.

Contudo, ela aponta que as interpretações brasileiras sobre populismo, já no contexto pós-ditadura, nos anos 80, propuseram-se a reinterpretar as visões até então estabelecidas. Para além de um debate entre heroísmo e manipulação, aqui propuseram-se a investigar a classe trabalhadora enquanto “sujeito que realiza escolhas considerando o campo de oportunidades” (Gomes, 1996, p. 56). Ressalta-se que, a despeito desta leitura, ainda era comum colocar os trabalhadores como classe cooptada - expressão rejeitada pela autora. “Pacto trabalhista” traduz melhor as ações de Estado e da classe trabalhadora, dentro dos limites democráticos e participativos.

Verifica-se que, para os autores desta vertente, há duas questões centrais: i) o populismo é um fenômeno típico das sociedades latino-americanas que subverte uma realização adequada de uma democracia representativa, nos moldes europeu e norte-americano; e ii) neste processo representativo artificial, o populismo manipula as massas atende parte de suas necessidades, mas o Estado continua comprometido com os interesses oligárquicos.

Neste sentido, a visão sobre a democracia incompleta e as massas manipuláveis e fracas em poder organizativo demonstram, pela visão da teoria da modernização tradicional⁸, que o modelo europeu e norte-americano de organização política (sociedade e democracia) era o modelo ideal para todo o mundo, enquanto os países latino-americanos seriam, à época desviantes, atrasados.

Também não é evidenciado nestas abordagens, assim como ocorre com os autores da abordagem anterior, uma crítica às instituições, especialmente no início do século XX, não só ineficientes para atender às demandas populares, mas as relações com as elites, pelo patrimonialismo e coronelismo. Também desconsidera que o Estado mantém o controle sobre as instituições organizativas, como associações e sindicatos, reduzindo o espaço formal participativo onde estas articulações por demandas populares podiam acontecer e encontrar ressonância no Estado. Isso contribuiu para que as massas tivessem como resultado uma fragmentação da solidariedade de classe, enfraquecendo-a e despolitizando-a⁹.

8 Parsons (1964) propõe que as sociedades modernas seguiriam um modelo evolutivo linear e universal de sociedades menos avançadas a mais avançadas, de acordo com a capacidade de adaptação e estabilidade. Todas as sociedades passariam, em maior ou menor grau, por um processo rumo ao modelo ideal de predominância da racionalidade, bom funcionamento das instituições e da democracia.

9 Aqui, tanto Ângela de Castro Gomes (1996, p. 8) como Weffort (2022, p 61) argumentam no sentido de

Octávio Ianni (1979, p. 91) é o intelectual deste grupo que possui certa singularidade em relação às abordagens e conclusões dos demais autores. Sua análise realiza uma leitura do contexto de transição da sociedade, assim como os demais, porém compreende o processo de incorporação política das massas, com algumas demandas atendidas, e a realização de uma democracia, não atrasada, mas peculiar. O que ele denomina de “democracia populista” é o regime em que não há as mesmas oportunidades de acesso ao poder a todas as classes, há a cooptação (como já mencionado por Gomes, 1996), mas na combinação de acesso a direitos sociais e políticos, ao mesmo tempo em que há uma hipertrofia do Executivo, em que ele é agente econômico atuante, especialmente se considerado o contexto desafiador pós-crise de 1929. Há incentivos diretos de nacionalização e industrialização, criação de empresas estatais (Ianni, 1979, p. 94), mas também como um organizador político das forças produtivas.

Neste sentido, como autor principal (não único) dissidente nesta vertente é Octávio Ianni (1979) que, apesar de concordar com alguns aspectos dos autores aqui debatidos, tais como o deslumbramento das massas com o líder populista, a tendência autoritária, o nacionalismo retórico, entre outros, traz outros elementos mais amplos para compreender a complexidade do fenômeno.

3. O APELO AO POPULISMO

Ao contrário das tradições precedentes, existem os autores que fazem um apelo ao populismo, como uma manifestação intimamente ligada à democracia e que não carrega necessariamente um sentido pejorativo. Em outras palavras, não concebem o fenômeno como algo maléfico, pelo contrário, o populismo seria decorrente da ausência de um fundamento, ou plena transparência, da “vontade geral”. Nesta percepção, a democracia liberal não é vista como o ápice da expressão democrática e o populismo não é concebido como um inimigo a ser combatido. Pelo contrário, o populismo é visto como uma oportunidade de ampliar o espaço político e radicalizar a participação popular nas instituições. Não se trata de associar o populismo a algo necessariamente benéfico à democracia, mas sim de desestigmatizar o termo.

O que conhecemos por democracia, em realidade, seria o resultado do rebaixamento da ideia de poder popular (Rancière, 2014, p. 52). Em outras palavras, a ideia de soberania popular é desidratada a ponto de se tornar compatível com a democracia representativa. Dessa forma, os adjetivos que se colocam ao lado da democracia, tais como “liberal”, “constitucional” e “representativa”, carregam a função de delimitar o espaço político e a própria participação popular (Miguel, 2014, p. 12). Para Rancière (2014, p. 90) o termo “populismo” surge com a função

compararem o processo brasileiro ao processo de massificação europeu; Weffort compara que o processo brasileiro foi bem diferente ao das “sociedades avançadas”.

eufêmica de afastar a participação popular direta e escamotear o ódio ao povo. Trata-se de uma tentativa de despolitizar os assuntos públicos e governar sem povo, sem participação, como se as decisões fossem meramente técnicas (Rancière, 2014, p. 102-103).

No contexto brasileiro, este movimento poderia ser exemplificado pela EC 95/16, a qual estabeleceu o chamado “teto de gastos”. O resultado foi o congelamento dos gastos estatais e a dificuldade da implementação de políticas públicas em torno dos direitos fundamentais previstos na CF 88 (Roznai; Kreuz, 2018, p. 51-52). Esta medida expressa uma forma de conceber elementos econômicos como questões técnicas como se não envolvesse uma dimensão política. É uma forma de afastar o povo das decisões públicas e estabelecer balizas intransponíveis institucionalmente.

Para explicar sua posição, Rancière (1996, p. 42) apresenta duas ordens: a policial e a política. A primeira, refere-se à ordem dominante e aos limites estabelecidos pela estrutura social que definem o que é, ou não, aceito. Contudo, a ordem policial, mostra-se incapaz de totalizar a sociedade, de modo que a ordem política realça os elementos de exclusão e rompe com as configurações estabelecidas. A ordem política é o espaço da “parcela dos sem-parcela”, ou seja, daqueles que são excluídos do espaço político e reivindicam o *status* de pertencimento, de ser parte do todo. Esta tensão entre a ordem policial e a política pode se expressar como o que chamam de “populismo”. Contudo, o sentido pejorativo dado ao termo, oculta o fundo de legitimidade dos anseios populares.

O termo “povo” se coloca de modo central na perspectiva, pois não haveria um conceito fechado para o termo, mas sim diversas figuras construídas que privilegiam certos arranjos coletivos (Rancière, 2016, p. 102). Ou seja, não há um único povo a ser chamado de soberano, mas sim possibilidades populares de arranjos mais, ou menos, participativos. Chamar uma mobilização de populista, consiste em deslegitimar a referida organização, como se fosse resultante de uma manipulação e deturpação do “verdadeiro” desejo coletivo. Com isso, o termo “populismo” cumpre a função de manutenção do *status quo* e da ordem policial até então estabelecida. O populismo, para Rancière seria, portanto, uma forma de reativar a ordem política e redesenhar a ordem policial. Em outras palavras, possui a capacidade de promover a reconstrução de uma ordem capaz de englobar grupos até então marginalizados.

Em uma concepção próxima, Ernesto Laclau e Chantal Mouffe destacam as dois pressupostos importantes diante das transformações sociais postas: i) não ignorar ou distorcer as mudanças contemporâneas para torná-las compatíveis com teorias arcaicas; ii) organizar o diálogo com o passado para compreender as contingências históricas ao invés de uma origem absoluta (Laclau; Mouffe, 2015b, p. 36). Com estas premissas, os autores apresentam uma nova concepção de olhar para o populismo, compreendendo-o como a lógica do político (Laclau; Mouffe, 2015a).

Para tanto, utilizam-se da categoria “discurso” como elemento que permeia toda configuração social, a qual é significativa (Laclau; Mouffe, 2015b, p. 39). Apesar do termo, discurso não consiste apenas em palavras, mas também em ações, ou melhor dizendo em todo e qualquer conjunto de elementos que desempenham um papel constitutivo de sentido (Laclau, 2018, p. 116). O discurso importa, portanto, em uma unidade complexa de ações e palavras, sejam explícitos ou implícitos e de estratégias conscientes ou inconscientes (Burity, 2008, p. 42).

A menor categoria analítica do discurso é a demanda, a qual nasce como uma solicitação e passa a ser uma exigência quando não atendida de forma reiterada (Laclau, 2018, p. 123). As demandas podem ser por elementos como acesso à água, energia, saneamento básico, educação e assim por diante. Não há um sentido específico que essas demandas devem ser articuladas. Ou seja, não se pode dizer que uma demanda é necessariamente autoritária ou capaz de ampliar o espaço democrático, tudo depende do contexto em que está inserida e a forma pela qual se articulam os elementos. A partir de determinado momento, as demandas podem estabelecer uma cadeia de equivalências em oposição ao *establishment* estabelecido (Laclau, 2018, p. 123). O antagonismo cumpre função importante, pois é a partir desta lógica que formam identidades (Southwell, 2008, p. 125). Nesse sentido, o elemento de oposição não é necessariamente negativo, pois diante de um cenário autoritário o antagonismo pode significar a redemocratização. Em outras palavras, não se pode dizer que o antagonismo possui necessariamente um sentido negativo, pois depende do contexto em que está inserido. Um exemplo de contraste em sentido “democratizante” no contexto brasileiro, pode ser as “Diretas Já!”, que importavam em um antagonismo ao período ditatorial com a articulação de demandas como educação, direito das mulheres, legalização dos partidos, reforma agrária e assim por diante (Mendonça, 2007, p. 254-257; Pessoa, 2008, p. 138).

Ao dissociar o antagonismo de uma prática negativa, manipuladora ou necessariamente autoritária, o populismo é resgatado como uma categoria útil para se pensar a política e as dinâmicas sociais. Não se trata de apresentar o termo em um sentido benéfico, mas desestigmatizá-lo para as análises. A questão deixa de ser se um movimento é populista ou não, mas sim em como ele está sendo articulado coletivamente e qual o antagonismo que está sendo construído.

CONCLUSÃO

O campo acadêmico majoritário vê o populismo em sentido pejorativo. O antipopulismo liberal acaba associando, mesmo que implicitamente, a expressão institucional estabelecida como o ápice da expressão democrática. Assim, qualquer manifestação em dissonância com o que está posto, passa a ser visto como uma ameaça. O populismo é justamente uma expressão nesse sentido e passa a ser concebido justamente em sentido pejorativo.

De outro lado, a tradição progressista alinhada ao marxismo tradicional também partilha de uma percepção antipopulista, porém em uma lógica diferente. A democracia liberal é vista como uma forma burguesa de dominação, enquanto o populismo consistiria em uma mobilização que busca conciliar os privilégios da elite com conquistas marginais à classe operária. Mesmo sem conceber a expressão institucional como o ápice de uma manifestação verdadeiramente democrática, o populismo também é compreendido em sentido negativo por contribuir para a manutenção do processo de dominação.

Em posicionamento minoritário, o apelo populista não vê a democracia liberal como o ápice da expressão democrática e também não nota o populismo em sentido pejorativo. A institucionalidade seria apenas uma configuração possível do social dentre outras, enquanto o populismo seria a expressão de grupos e anseios não mobilizados em torno do *establishment*. Para essa perspectiva, o termo “populismo”, comumente usado em sentido negativo, contribui para a marginalização da participação política popular. Ao desestigmatizar o termo, os autores procuram perceber estas mobilizações como possibilidades de radicalizar o espaço político.

De modo geral, o receio à participação popular mais enfática se mostra presente tanto em perspectivas liberais quanto progressistas. O medo do povo se mostra como uma espinha dorsal para as correntes de pensamento mais influentes sobre o populismo. Trata-se de perceber o povo como um problema para a democracia ou para a manifestação da verdadeira vontade de classes.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Thomás Zicman; LAGO, Miguel. **Do que falamos quando falamos de Populismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.
- BEÇAK, Rubens; PIRES, Matheus Conde; BORGES, Nayara Gallieta. O direito entre as várias faces do populismo. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 45, n. 96, 2024, p. 1–29.
- BOITO, Armando. **Sindicalismo de Estado no Brasil**: uma análise crítica da estrutura sindical. São Paulo: Hucitec, 1991.
- BURITY, Joanildo Albuquerque. Discurso, política e sujeito na teoria da hegemonia de Ernesto Laclau. In.: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 35-52.
- CANOVAN, Margaret. Taking politics to the people: populism as the ideology of democracy. In: MÉNY, Yves; SUREL, Yves (ed.). **Democracies and the populist challenge**. New York: Pallgrave, 2002, p. 25-44.
- CANOVAN, Margaret. Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy. **Political Studies**, Kingston, v. XLVII, nº 1, March, 1999, p. 2-16.

- CASSIMIRO, Paulo H. P. Os usos do conceito de populismo no debate contemporâneo e suas implicações sobre a interpretação de democracia. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, nº 35, 2021, p. 1-52.
- DI TELLA, Torcuato. As formas do populismo *In: Para uma política latino-americana*. Trad. Abigail Pereira Nunes. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.
- GERMANI, Gino. Democracia representativa y clases populares en América Latina. *In: TOURAINE, Alain; Germani, Gino. América del Sur: un problema nuevo*. Barcelona: Editorial Nova Terra, 1965, p. 39-66.
- GERMANI, Gino. **Political change: from traditional society to total participation in Latin America**. Nova York: Institute of Latin American Studies, 1965.
- GRACIARENA, Jorge. **Poder y clases sociales en el desarrollo de América Latina**. Buenos Aires: Paidós, 1967.
- IANNI, Octavio. **A formação do Estado Populista na América Latina**. 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 1989.
- IANNI, Octavio. **O colapso do populismo no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- LACLAU, Ernesto. **Razão Populista**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemonia e Estratégia Socialista**: por uma política democrática radical. São Paulo: Intermeios, 2015a.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. Pós-marxismo sem pedido de desculpas. *In: LOPES, Alice Casimiro; MENDONÇA, Daniel de. A teoria do discurso de Ernesto Laclau: ensaios críticos e entrevistas*. p. 35-72. São Paulo: Annablume, 2015b.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MENDONÇA, Daniel de. A teoria da hegemonia de Ernesto Laclau e a análise política brasileira. **Ciências Sociais Unisinos**, v. 43, n. 3, 2007, p. 249-258.
- MENDONÇA, Daniel de; MACHADO, Igor Suzano. Apresentação do Dossiê: O populismo e a construção política do povo. *Mediações - Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 26, n. 1, 2021, p. 10-27.
- MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação**: territórios em disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- MITRE, Antônio. As peregrinações de um conceito: populismo na América Latina. **Cadernos de História**, Belo Horizonte, v. 10, n. 13, 2008, p. 9-23.
- MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- MUDDE, Cas. The Populist Zeitgeist, **Government and Opposition**, Cambridge, v. 39(4), 2004, p. 542-563.

- MÜLLER, Jan-Werner. **What is populism?**. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2016.
- NORRIS, Pippa. Varieties of populist parties. **Philosophy and Social Criticism**, Boston, nº 45 (9-10), p. 981-1012, dez/2019a.
- NORRIS, Pippa. Is Western democracy backsliding? Diagnosing the risks. **Forthcoming, The Journal of Democracy**, Abingdon, April, 2017.
- PARSONS, Talcott. Levels of organization and the mediation of social interaction. Cambridge: **Social Inquiry**, nº 34, p. 207-220, April, 1964.
- PESSOA, Carlos. Hegemonia em tempos de globalização. In.: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 133-144.
- RANCIÈRE, Jacques. **O desentendimento**: política e filosofia. São Paulo: Editora 34, 1996.
- RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Boitempo Editorial, 2014.
- RANCIÈRE, Jacques. The populism that is not to be found. In: BADIOU, Alain; BOURDIEU, Pierre; BUTLER, Judith; DIDI-HUBERMAN, Georges; KHIARI, Sadri; RANCIÈRE, Jacques. **What is a people?** p. 101-106. Columbia: Columbia University Press, 2016.
- RODRIGUES, Theófilo Machado; BELLATO, Caíque. A Crise da Democracia Liberal no Início do Século XXI: Duas Abordagens da Teoria Política. **Agenda Política**, [S. l.], v. 9, n. 1, 2022, p. 253–279.
- ROSANVALLON, Pierre. **The populist century**: history, theory, critique. Cambridge: Polity Press, 2021.
- ROZNAI, Yaniv; KREUZ, Letícia Regina Camargo. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 2, 2018, p. 35-56.
- RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Todavia, 2018.
- SOUTHWELL, Myriam. Em torno da construção de hegemonia educativa: contribuições do pensamento de Ernesto Laclau ao problema da transmissão cultural. In.: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 115-132.
- URBINATI, Nádia. **Me the people**. Cambridge: Harvard University Press, 2019.
- WEFFORT, Francisco. **O populismo na política brasileira**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

CAPÍTULO VI
CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND ITS CHALLENGES

BRUCE ACKERMAN'S THEORY OF DUALIST DEMOCRACY AS A PERSPECTIVE FOR THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL AMENDMENT POWER

Augusto Franini dos SANTOS¹

The idea of a sovereign power responsible for establishing a new constitutional order is, particularly in Latin countries, examined almost solely through the lens of Joseph Sieyès's doctrine of constituent power and later contributions of Carl Schmitt. Bruce Ackerman's perspective of Dualist Democracy adheres to the established practice of distinguishing in constitutional theory constituent power from constituted power. In this context, the distinction is neither conceived in Sieyès's terms – a representative government rooted in a doctrine of national sovereignty that relies on the nation while rejecting a constituent power externally vested in the people, thereby, separating the domain of constituted powers from that of constituent power, the latter as a prerogative of the nation (Jaume, 2007, p. 80) – nor in Schmitt's notion of constituent power as an act to establish a new constitution, whereas the amendment power is one to amend the text of constitutional laws – therefore differentiating “the *Verfassung*, or ‘the Constitution’, which is the fundamental political decisions of the constituent power, and ordinary *Verfassungsgesetz*, or ‘constitutional laws’, which [...] lack any true fundamental character” (Roznai, 2017, p. 116).

The fulcrum of Ackerman's thesis is the problem of constitutional change. The purpose of his questioning is to discover the Constitution of the United States (Ackerman, 1991, p. 3). The statement is misleading because he does not intend to uncover a particular meaning lying within the constitutional text, nor does he maintain that it contains only one definitive content. Rather, Ackerman adopts a revisionist view of the constitutional history of the United States to consider that the meaning of the Constitution periodically changes, written by political and legal actors who actively interact with it. In his dualistic structure, constitutional politics involves not only the formal amendment process outlined in Article V but also a second lawmaking mechanism: a direct mandate of “We the People” through which fundamental changes to constitutional structures, processes, or rights are ratified.

Thus, through a descriptive approach, the present research seeks to explain the following question: in what way can Bruce Ackerman's theory serve as a perspective for understanding how constituent power is perceived in Brazil? The initial hypothesis argues that the distinct structural characteristics of the Constitution of Brazil render the highlighting of transformative moments

1 Master's degree student in the Post-graduation in Juridical Science Program at the State University of Northern Paraná (PPGD-UENP). Scholarship holder from the Brazilian Federal Agency for Support and Evaluation of Graduate Education (CAPES). Bachelor of Laws from the State University of Northern Paraná (UENP). Member of the "Constitutional and Political Theories Research Lab" (CPOL-LAB).

difficult, despite the possible harmonization of the two-track system – with its dichotomy of “normal politics” and “higher lawmaking” periods – with the doctrine of constituent power. Likewise, Ackerman’s stance to judicial review, as a mechanism of constitutional change embedded within the American constitutional experience, ponder the rulings of constitutional courts as a straight up expression of the will of the people.

At its core, the Dualist Democracy accepts a continuous and ordinary political process after the original manifestation of constituent power has ended, but with “a sort of background civic alertness: a readiness to be mobilized and a shared insistence that a mobilized citizenry is the only source of legitimate change” (Waldron, 1993, p. 150). In this situation, the people are narrow-sighted into a “private citizenship”: often poorly informed and politically passive, though still consciously aware of their civic responsibilities (Ackerman, 1991, p. 243). During these periods of “normal politics”, the people are preoccupied with private affairs and are incapable of forming an organized whole based on a genuine notion of the common good. By contrast, there are extraordinary periods of “constitutional politics” or “high lawmaking” in which the people mobilize energetically and call for a new political approach (Ackerman, 1991, p. 133). According to Ackerman (1991, p. 58-80), the American political tradition reveals three great moments of constitutional politics: the Founding, Reconstruction, and New Deal². In this framework, Dualist Democracy recognizes that constitutional change may occur either through Article V amendments or through extraconstitutional paths, such as judicial rulings. Through its preservationist function, the Supreme Court then protects the enduring constitutional principles forged during these mobilized moments, invalidating ordinary legislation that conflicts with them and thus effectively protecting the “higher law” solutions reached by the people against their erosion during periods of normal politics (Ackerman, 1991, p. 60).

Regarding how Bruce Ackerman’s perspective can contribute to understanding the perception of constituent power in Brazil, it is relevant to consider the assessment of our amendment power. Although the domestic doctrine is overcoming the presumptuous idea that the quantity of constitutional amendments reflects an almost direct truthful preconception of quality

2 The proposition of patterns of unconventional change during only three key periods is criticized by some authors as suggestive. Stephen M. Griffin (2007, p. 60) caveated about placing too much stress on a few periods of change: “[...] Historian Gordon Wood sums up this view when he says that ‘many scholars, especially historians, would not agree with Ackerman that the major constitutional changes occurred only at his three extraordinary moments of transformation. Instead, they say, the changes have been ongoing, incremental, and often indeliberate. Indeed, ultimately they have made our Constitution as unwritten as that of Great Britain’”. Also, Walter D. Burnham (1999, p. 2246) stated that the argument regarding heightened popular engagement finds no support in survey-research models. On the contrary, Daniel T. Young (2013) analyzed Ackerman’s discourse surrounding key moments in America’s constitutional history by applying an unsupervised topic model to pages of newspapers in print between 1866 and 1884, demonstrating empirical support for popular attention to the ratification of the Fourteenth Amendment.

index of a constitution, Ackerman's theory may suit the understanding of the Constitution of Brazil as an exhaustive constitutional text, yet open to reform as a constituent compromise reflected in its low amendment threshold. Particularly, the concept of "high lawmaking" can be used as a filter for the long list of Brazilian constitutional amendments and even the Supreme Court's rulings, categorizing them not hierarchically but through a lens that evaluates whether, and to what extent, they represent and assure the will of the people during extraordinary periods of "constitutional politics" after the founding moment of the Constitutional Convention of 1987-1988.

REFERENCES

ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

BURNHAM, Walter Dean. Constitutional moments and punctuated equilibria: a political scientist confronts Bruce Ackerman's *We the People*. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 108, n. 8, p. 2237-2277, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/797387>. Acesso em: 25 jul. 2025.

GRIFFIN, Stephen M. Constituent power and constitutional change in American constitutionalism. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (Ed.). *The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

JAUME, Lucien. Constituent power in France: the revolution and its consequences. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (Ed.). *The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendment: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

YOUNG, Daniel T. How do you measure constitutional moments? Using algorithmic topic modeling to evaluate Bruce Ackerman's theory of constitutional change. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 122, n. 7, p. 1990-2054, 2013. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/1167_ztqz83nj.pdf. Acesso em: 25 jul. 2025.

WALDRON, Jeremy. Review of *We the People*. *The Journal of Philosophy*, v. 90, n. 3, p. 149-153, 1993. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2940958>. Acesso em: 25 jul. 2025.

CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND THE DIGITAL SPHERE: NEW PARAMETERS FOR DIGITAL CONSTITUTIONALISM?

Tayná Frota de ARAÚJO¹

1. THEME, RESEARCH PROBLEM, AND HYPOTHESES

The 1988 Constitution is understood as a living foundation of principles that enables the continuous struggle for rights (Carvalho Netto, 2018; Carvalho Netto, 2021). It remains open to popular participation and democratic exercise even after its promulgation (Chueiri, 2024; Chueiri & Godoy, 2010). Given the technological transformations, the question arises as to how these changes impact this dynamic structure of power and rights protection, and whether it is necessary to rethink constitutionalism in the digital environment.

In this context, the study focuses on the concept of "digital constitutionalism" and aims to contribute to the debate regarding its relevance and applicability within the Brazilian legal system. Based on exploratory research and bibliographic review, the paper presents an introductory overview of the concept, recognizing its possible limitations and the need for deeper theoretical and normative development.

In summary, some guiding questions for the research are: What is digital constitutionalism? Why might a "new concept" be needed for the theory of constitutional democracy? As working hypotheses, the term is seen as an attempt to address the tensions between fundamental rights, sovereignty, and digital governance, though it currently lacks theoretical and normative precision.

2. THEORETICAL ANALYSIS

The term digital constitutionalism emerges as an attempt to respond to the transformations that the digital age has brought to fundamental rights, the governance of technological platforms, and the structuring of powers in the virtual environment, involving the protection of constitutional rights in different technologies. Digital constitutionalism could be understood as "a variation of modern constitutionalism" (Celeste, 2021, p. 79), and this expression reveals a "global trend, but it definitely does not constitute a normative model or a legal theory" (2023, p. 17).

1 Mestranda em Direito Constitucional, IDP, bolsista CAPES. Pós-graduada em "Direito Digital e Proteção de Dados", IDP. Bacharel em Direito, Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora do Centro de Direito, Internet e Sociedade - IDP (CEDIS). Coordenadora do Privacy Lab (CEDIS-IDP). Pesquisadora e coordenadora da área de Estudos do Observatório da LGPD. Pesquisadora do Centro de Estudos Constitucionais Comparados (CECC). Foi pesquisadora voluntária do Núcleo de Estudos em Direito Concorrencial - Usp (Nuced). Foi integrante da Diretoria Acadêmica da rede Women in Antitrust (WIA) e da Gerência WICADE, atuando na organização da III Competição WICADE. Foi mentoranda da Women Inside Trade (WIT), atuante no Grupo de Trabalho "Eventos". Durante a graduação, foi bolsista a nível de Projeto de Iniciação Científica - CNPq Editais 2018/2019 e 2021/2022, além de pesquisadora Voluntária ProIC, Editais 2019/2020 e 2020/2021. Advogada.

In short, it is clear that among the main criticisms identified in relation to its meaning is that it is an “excessively broad” concept (Pereira; Keller, 2022, p. 2,789), which is not limited to the “debate on the Internet and digital platforms, but is also associated with artificial intelligence technologies, data protection, and, more recently, quantum technologies” (Pereira; Keller, 2022, p. 2,651). The term ends up covering “phenomena that are very different from each other” (Pereira; Keller, 2022, p. 2,789) and “lacks consensus regarding its fundamental aspects, its main objective, or even the instrument capable of materializing it” (Moreira; Moreira Júnior, 2023, p. 136).

Although digital transformation has had an impact on society, some authors indicate that there is no “new constitutional moment” with a “conceptual apparatus that can be defined as a legal theory in its own right” (Trindade; Antonelo, 2023, p. 10). This is because “the mere emergence of a new environment, characterized by new demands and new rights, does not have the power, per se, to cause a paradigmatic rupture in the field of law” (Trindade; Antonelo, 2023, p. 9).

However, if “digital constitutionalism” aims to adapt constitutional principles to the virtual environment, two fundamental points must be considered, according to Mendes and Fernandes (2020). The first is the redefinition of the horizontal effectiveness of fundamental rights, that is, how these rights apply in relations between individuals, especially between users and large digital platforms. As these private companies regulate freedom of expression, privacy, and access to information, it is necessary to develop standards that protect citizens' rights in these interactions as well, overcoming the traditional view that restricts the role of the state.

The second point refers to the reterritorialization of the internet, that is, the need to adapt constitutionality control to the transnational legal dynamics of the network. The internet breaks down the geographical boundaries of the state, rendering traditional jurisdiction insufficient. For this reason, the authors argue that constitutional jurisdiction should take this new global context into account, especially when dealing with laws that require the storage and provision of data by foreign companies, as is the case with the Brazilian Civil Rights Framework for the Internet. In summary, these two aspects suggest that the protection of fundamental rights in the digital age requires new legal approaches that address both private power and the global complexity of the internet, thus justifying the current trend toward digital constitutionalism.

3. CONCLUSION

Although the term lacks theoretical and normative maturity, the debate on digital constitutionalism reveals the urgency of rethinking the protection of rights in the context of a society deeply mediated by digital technologies and transnational power dynamics. However, this movement of adaptation should not imply the dismantling of the historical core of the 1988

Constitution. On the contrary, it should be understood as part of the ongoing process of affirming the community of principles established therein, which allows for the permanent struggle for rights, including in the digital environment. Similarly, the idea of open constituent power reinforces that constitutionalism is a field in constant democratic construction. Infra-constitutional laws such as the Civil Rights Framework for the Internet and the General Data Protection Law exemplify how the constitutional order can dialogue with new challenges, promoting reinterpretations that preserve and update its foundations.

Therefore, for digital constitutionalism to become a robust and legitimate concept, it is necessary to deepen the debate, bringing together different areas of knowledge and social actors, in order to ensure that the Constitution continues to be the space par excellence for democratic deliberation and the effective protection of rights in the 21st century.

4. MAIN REFERENCES

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. Carvalho Netto, Menelick de. Teoria da constituição e direito constitucional. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 15, n. 45, p. 63–91, 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de. Terceiro Percurso; Para Finalizar. Chueiri, Vera Karam de. Constituição radical: percursos de constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. Revista Direito GV 6 (2010): 159-174.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. Revista Justiça do Direito, v. 34, n. 2, p. 6-51, 2020.

MOREIRA, Nelson Camatta; MOREIRA JÚNIOR, Ronaldo Fêlix. A construção do constitucionalismo digital na era da desinformação: o caso Cambridge Analytica e seu impacto no ecossistema constitucional. Revista de Informação Legislativa, 2023.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. Revista Direito e Práxis, v. 13, n. 4, p. 2648-2689, 2022.

TRINDADE, André Karam; ANTONELO, Amanda. Constitucionalismo digital: um convidado (in) esperado. Revista Brasileira de Direito, v. 18, n. 1, p. 4816, 2023.

DEFINING DEMOCRACY: HOW THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT HAS SHAPED THE CONCEPT THROUGH CONSTITUTIONALISM

Vinicius Consoli Ireno FRANCO¹

The term “democracy” carries an axiological value that varies depending on the social, economic, and cultural conditions of a given period. The liberal revolutions of the 18th century were responsible for imbuing the noun “democracy” with moral norms perceived as superior to the aristocratic regime of the time. The notion that the new political model was grounded in self-government gives this sense of superiority an ethical foundation, insofar as a free person ought to establish the very laws to which they will be subject. The political foundation of democracy lies in the limitation of those in power, given the tendency toward abuse of authority. Thus, mechanisms and rules are essential to ensure the people’s autonomy in making collective decisions (Gaspardo, 2016, p. 78).

The noun “democracy” has become a site of political dispute over its meaning, and consequently, a contested field of power (Miguel, 2014, p. 27). Conceptual disputes regarding its political significance range from a model based on rules and principles, as outlined in a foundational document - the Constitution - that legitimizes the decisions taken by the State and presumes universal participation in the decision-making process (Dahl, 2001, p. 49), to a dual substantive conception: government by the people and popular participation (Alves, 2013, p. 49).

In representative democracies, the people govern through elected officials who make collective decisions for the public good. These officials stand in for those not directly involved, making elections the foundational act and logical premise of democratic regimes (Schumpeter, 2017, p. 339).

Beyond the electoral and political spheres, yet still central to the dispute over the meaning of democracy, lies the Judiciary, most notably the Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal, STF), which is constitutionally authorized to act as the guardian of the Constitution. The Court interprets it through constitutional jurisdiction, defined as the authority to apply constitutional norms, review laws and regulations, and interpret the broader legal framework (Barroso, 2010, p. 8). Judicial decisions, which must be justified, carry normative force and reveal the political context in which they are situated. The motivations behind judicial choices, therefore, allow us to identify the balancing of interests and values that shape public life (Abboud, 2012, p. 5).

1 Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Mestre em ciências jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, pesquisador da linha função política do direito e teorias da constituição. Integrante do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP (CPOL-LAB). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

In 2024, the Federal Supreme Court published a jurisprudential compendium titled Freedom of Expression, Democracy, and New Technologies [Liberdade De Expressão, Democracia E Novas Tecnologias] (Brazil, 2024), in which the Court selected six constitutional review cases it considered relevant to the concept of democracy. This research lies at the intersection of constitutionalism and democracy. While constitutionalism defines legal boundaries, political principles, and protects individual rights, democracy is understood as government by the majority, implying unrestricted freedom for the will of the majority. Constitutionalism, in this sense, functions as an institutional brake that restrains popular will.

Thus, the research question may be summarized as follows: how has the Federal Supreme Court shaped the meaning of democracy? This study is both empirical and theoretical, critically examining the construction of the concept of democracy by the Federal Supreme Court. The methodology includes a bibliographic approach and may be divided into two main phases: (i) a qualitative empirical analysis; and (ii) a theoretical investigation informed by the preceding results.

The findings confirm the initial hypothesis: the Federal Supreme Court frames democracy strictly through an institutionalist lens. As a result, the Court legitimizes the expansion of its authority to define the concept of democracy, determining what constitutes this form of government. As a result, the Court either initiates or sustains a substantive democratic crisis.

REFERENCES

- ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 921, p. 191-214, 2012.
- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e Participação Popular: A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista jurídica da presidência*, v. 12, n. 96, p. 05- 43, 2010.
- DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- GASPARDO, Murilo. *Democracia e policentrismo do poder*. São Paulo: Alameda, 2016.
- MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e Representação: Territórios em Disputa*. 1ª edição. São Paulo: UNESP. 2014.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. São Paulo: UNESP. 2017.
- SULTANY, Nimer. State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. *Harv. CR-CLL Rev.*, v. 47, p. 371, 2012.

PDL 89/2023: EVOLUTION OR SETBACK?

Lucas de Souza GONÇALVES¹
Marcela Luísa FOLONI²

THEME

This research has as its central theme the documentary analysis of Legislative Decree Project No. 89/2023, which aims to suspend the effects of Resolution No. 492/2023 of the National Council of Justice. This Resolution establishes guidelines for adopting the Protocol for Judging with Gender Perspective. The resolution makes mandatory the training of magistrates on topics such as human rights, gender, race and ethnicity from an intersectional perspective, and creates the Monitoring and Training Committee on Judging with Gender Perspective in the Judiciary and the Committee to Encourage Female Institutional Participation in the Judiciary. (Brazil, 2021). Finally, the theme is inserted in the GT "Constitutional democracy and its challenges," as it explores contemporary challenges to constitutional democracy, based on the discussion of gender equality.

RESEARCH PROBLEM

The research problem is expressed by the question: "Are the foundations of PDL 89/2023 to suspend the effects of Resolution No. 492/2023 of the CNJ in accordance with constitutional principles?" To answer this problem, the methodology employed is documentary analysis, using a descriptive and exploratory approach. The normative texts examined were CNJ Resolution No. 492/2023 and Legislative Decree Project No. 89/2023, decisions of the Federal Supreme Court, namely ADC 12 and ADC 46, and International Treaties ratified by Brazil, namely CEDAW and the Belém do Pará Convention.

-
- 1 Estágio concluído na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no setor de Petições e Casos. Graduado em Direito pelo Toledo Prudente Centro Universitário. Atualmente, mestrando no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista pela CAPES. Auxiliar Docente do curso superior de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário. Monitor do Grupo de Pesquisas em Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Toledo Prudente Centro Universitário, em parceria com a UENP. Terceiro lugar geral e segundo melhor orador na 28 Competição Interamericana de Direitos Humanos. Amicus Curiae da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva n. 29/2022, e nas Solicitações de Opinião Consultiva apresentadas pelos Estados da Colômbia (2019), México (2022), Chile e Colômbia (2023) e Argentina (2023). Pesquisador em temas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com ênfase em direitos humanos de pessoas LGBTI e povos e comunidades tradicionais.
 - 2 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná na Área de Concentração em Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão e Linha de pesquisa na Função Política do Direito e Teorias da Constituição. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogada trabalhista no Escritório Vilela de Paula. Integrante do Grupo de Pesquisa Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB-UENP). Foi estagiária de Direito do Projeto de Extensão Núcleo Maria da Penha/UENP. Foi estagiária de Direito na Vara de Família e Sucessões, Infância e Juventude, Acidentes do Trabalho, Registros Públicos e Corregedoria do Foro Extrajudicial do Fórum da Comarca de Jacarezinho. Foi bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica Voluntária (PICV).

HYPOTHESES

The hypothesis points out that PDL 89/2023 represents an attempt to reestablish and foster the vision of "judicial neutrality," disregarding structural gender inequalities. It is provisionally concluded that the foundations of PDL 89/2023 are in disagreement with constitutional principles.

THEORETICAL ANALYSIS

Based on the official processing of PDL 89/2023, available in the Chamber of Deputies, it is possible to verify that the proposal was presented on March 29, 2023, by Deputy Chris Tonietto (PL-RJ), with the objective of suspending the effects of CNJ Resolution No. 492/2023. After presentation, the proposition was dispatched to the Constitution and Justice and Citizenship Commission (CCJC), where it began processing under ordinary regime.

On June 19, 2024, Deputy Diego Garcia (Republicans-PR) was designated as rapporteur, who presented a favorable opinion on the admissibility of the project regarding constitutionality, legality and merit, on July 31, 2024. Subsequently, on June 25, 2025, Deputy Bia Kicis (PL-DF) also issued a favorable opinion, reinforcing the positive legal analysis of the project. Currently, the PDL is ready for agenda in the CCJC, awaiting deliberation.

It is important to highlight that on July 1, 2025, there was a request from the Commission for the Defense of Women's Rights (CDHM) to reevaluate the initial dispatch, arguing that the matter should also be appreciated by this commission, as it directly deals with gender issues. This redistribution request is still pending decision.

After formal analysis of the PDL processing, it is fundamental to identify the main material elements of the project's content. This research verified five arguments: Alleged usurpation of competence by the CNJ; Violation of separation of powers; Unconstitutionality of "mandatory nature"; Ideological criticism of gender theory; and Symbolic argument for defending the Constitution.

In addition to documentary analysis, a brief empirical analysis was conducted based on data from the public poll promoted by the Chamber of Deputies about the PDL. The poll received thousands of manifestations, reflecting strong social polarization around the proposal. Among the positions favorable to the PDL, arguments such as defense of judicial impartiality, fear of Judiciary ideologization, and criticism of mandatory training of magistrates based on gender and race criteria stand out.

Participants who defended the PDL frequently mentioned the importance of supposed "neutrality" of Law and claimed that the Protocol would bring risks to judicial independence. Such manifestations were identified as points considered "positive" of the project by respondents.

Given this, it is possible to declare that the PDL disregards that the CNJ, an organ of the Judiciary, holds its own normative competence, conferred by the Constitution in art. 103-B, § 4º, especially regarding the improvement of Judiciary action and compliance with the Magistracy Statute. The CNJ Resolution, therefore, does not indicate regulatory excess or usurpation of competence, as it is in accordance with the institutional functions of the CNJ and based on constitutional and international commitments, such as the Belém do Pará Convention, ratified by Brazil.

Furthermore, in contrast to the PDL, the National Congress can suspend normative acts only of the Executive Power, according to art. 49, V, of the CF, and only when there is abuse of regulatory power, which does not apply here. The STF jurisprudence, in decisions such as ADC 46, reinforces the exceptional character of suspension of normative acts, prohibiting its application to acts of another Power with its own competence. Thus, the proposal contained in the PDL lacks constitutional basis and represents a distortion of separation of powers.

The STF has already validated, in ADC 12, the normative action of the CNJ for being based on constitutional principles such as impersonality, efficiency and morality. The PDL criticism, therefore, is not sustained before the current constitutional arrangement. It is also verified that, by ignoring treaties such as CEDAW (art. 4º) and the Belém do Pará Convention, the PDL distances itself from the human rights normative framework in force in Brazil. Decree 10.932/22, which internalizes these commitments with constitutional amendment status, obliges the Brazilian State to adopt concrete and effective measures to eliminate structural inequalities, including through Judiciary training.

The PDL instrumentalizes a rhetoric of "Constitution defense" to mask an attempt to reestablish and foster the mistaken vision of "judicial neutrality," disregarding structural gender inequalities. It presents "gender theory" as illegitimate political construction, ignoring that gender is a legal category recognized in international treaties and applied in national jurisprudence. The selective use of constitutional arguments in this case does not aim to preserve constitutional order, but to halt democratic advances in matters of equality and despise gender perspective. (Souza; Júnior, 2025)

It is, therefore, an attempt to restore the false neutrality of Law, neutrality that, historically, served to maintain the exclusion of vulnerable groups. Therefore, although the PDL is clothed in constitutional and institutional language, it lacks legal consistency and gender perspective. The Protocol is a milestone in the fight against gender violence and should continue to be applied cogently in the jurisdictional sphere. As researchers Cirino and Feliciano (2023) point out, the Protocol aims to contribute to the insertion of feminist perspective in the construction of theses in

the process, in conducting the case, in analyzing evidence and facts, and in the foundation of judicial decisions. Such scope allows reducing sexist legal practices, enabling the adoption of measures to overcome the institutional violence itself suffered by the party in various branches of the Judiciary.

CONCLUSION

The Resolution is an instrument that seeks to guarantee gender equality, establishing guidelines for judgments to consider international treaties and decisions, aiming to overcome structural inequalities of gender, race and ethnicity, in addition to encouraging female institutional participation in the Judiciary.

It is concluded, from the documentary analysis, that the foundations of PDL 89/2023 to suspend the effects of CNJ Resolution No. 492/2023 are not in accordance with constitutional principles and express a setback in the fight for gender equality.

The empirical analysis, therefore, reinforces the argument that the PDL finds echo in sectors that resist the adoption of affirmative policies in the justice system. Although these positions should be considered within a democratic regime, they cannot override the constitutional and international commitments assumed by the Brazilian State in combating structural discrimination.

REFERENCES

BRAZIL. Chamber of Deputies. **Legislative Decree Project n. 89, of March 29, 2023**. Suspends the effects of Resolution n. 492, of March 17, 2023, of the National Council of Justice, which establishes guidelines for adopting gender perspective in judgments in the Judiciary. Chamber of Deputies Journal: section 1, Brasília, DF, 2023.

BRAZIL. Chamber of Deputies. **Public poll on Legislative Decree Project nº 89/2023**. e-Citizenship Portal, Brasília, 2023.

BRAZIL. Protocol for judging with gender perspective [electronic resource] / National Council of Justice. Brasília: **National Council of Justice - CNJ; National School of Formation and Improvement of Magistrates - Enfam**, 2021.

CIRINO, Sâmia Moda; FELICIANO, Júlia. Protocol for Judging with Gender Perspective: Opening for an Epistemological Change in Law and Legal Practice in Brazil. **Public Law**, [S. l.], v. 20, n. 106, 2023. DOI: 10.11117/rdp.v20i106.7137.

SOUZA, Silva; JÚNIOR, Hédio Silva. **PDL 89/23 affronts the Constitution**. São Paulo: Jota Portal. 2025.

POLITICAL GENDER VIOLENCE AS A DEMOCRATIC CONTRADICTION: CHALLENGES TO CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN CONTEMPORARY DEMOCRACIES

Laissa de Oliveira Fonseca Esteves PANSANATO¹
Matheus Arcoleze MARELLI²

In the context of Brazilian democracy, there is a clear democratic deficit that directly impacts women's political participation. Although women make up more than half of the electorate and are actively engaged in civil society organizations, they remain underrepresented in both formal and informal spaces of power and decision-making. This structural inequality has deepened over time, exposing contradictions between the constitutional principles of equality and the political exclusion that persists in reality (ONU, 2022).

Gender-based political violence, more clearly recognized only in the last decade, is a manifestation of this contradiction and a serious violation of human rights. As stated in the Guide for the Prevention of Political Violence Against Women in Electoral Contexts, political gender violence can be defined as any gender-based action or threat that limits political rights and freedom of public participation (ONU, 2022).

So, the question is, how does gender-based political violence perpetuate the exclusion of women, especially those from marginalized groups, from political power and undermine democratic institutions in Brazil and beyond? To make these hypotheses concrete, it is necessary to think gender-based political violence functions as a mechanism to preserve patriarchal power structures by discouraging and obstructing the political participation of women, particularly those from marginalized communities.

In the book *Sempre foi sobre nós* (ÁVILA, 2021), Erika Hilton (PSOL-SP) recounts her trajectory as a Black, transgender woman from the urban periphery within Brazilian politics, offering a powerful critique of the contradictions of formal democracy. Hilton asserts: "If we were less capable, we wouldn't bother them so much" (HILTON in ÁVILA, 2021), she states, emphasizing that the issue has never been women's supposed lack of capacity, but rather the fact that they are fully capable of competing, proposing, and transforming political spaces.

1 Desde 2023, é estudante de Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Em 2024, realizou estágio no Núcleo Maria da Penha (NUMAPE/UENP), onde desenvolveu atividades voltadas à promoção dos direitos das mulheres e ao combate à violência de gênero. Atualmente, é bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), com pesquisa na área jurídica.

2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Grupo de Pesquisa Rotinas Trabalhistas: Direitos e Deveres Vol. IV, sob coordenação do Professor Doutor Antonio José Saviani da Silva; integra também o Grupo de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais, sob coordenação do Professor Doutor Fernando de Brito Alves. Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), financiada pela Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná (FA), sob orientação do Professor Doutor Antonio José Saviani da Silva.

Gender-based political violence in Brazil is also evident in cases such as that of former president Dilma Rousseff, whose impeachment process was marked by misogynistic discourse, attacks on her personal image, and efforts to delegitimize her authority as a woman in power (ÁVILA, 2021). The analysis of the cases of the former president and the deputy reveals what democratic theory often ignores: that there is no real democracy without the participation of all social groups, and that men have historically built institutions designed by them and for them, where women are treated as intruders in a world that was not made to welcome them.

Even more brutally, the assassination of councilwoman Marielle Franco (PSOL-RJ) in 2018 has become an undeniable landmark of gender-based political violence. Marielle was executed while in office, and to this day her case remains surrounded by impunity and silencing, revealing not only the failure of institutions to protect the lives of these women, but also the deliberate attempt to suppress counter-hegemonic political projects (ÁVILA, 2021).

On the international stage, other episodes also demonstrate how gender-base violence challenges democracies around the world. Cases such as the assassination of Indigenous politician Juana Quispe in Bolivia, which led to the enactment of Law 243 against political violence toward women (BOLIVIA, 2012). Likewise, the physical and psychological assaults suffered by Leonida Zurita, also in Bolivia, who was imprisoned, tortured, and persecuted for her activism in defense of women's rights. Added to this is the experience of Fátima Mena, a city councilor in Honduras, who received death threats and faced institutional violence for denouncing corruption and challenging male-dominated power structures (ONU, 2019).

However, a thorough analysis of political gender-based violence is necessary i relation to constitutional principles and democracy. Primarily, in Public International Law, we recall the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), approved by the United Nations (UN) in 1979 and ratified by Brazil in 1984, which reaffirms women's right to access public service and perform any state functions, in all spheres of government.

Thus, coupled with the Belém do Pará Convention (1994), political gender-based violence seriously undermines democracy as a whole, as its acts overlap from the electoral period to the retention of office. This becomes serious when empirically analyzed, demonstrating that the world's largest democracy, the United States of America, has not ratified CEDAW, nor its Optional Protocol, putting it on par with countries such as Sudan, Iran, and Somalia (SCHALATEK, 2019).

The lack of adherence to CEDAW undermines the "family values" often advocated by US politicians, especially those from the Republican Party, who argue that ratification would undermine the marital home order, even undermining US power and sovereignty under international standards

(SCHALATEK, 2019).

With the election of President Donald Trump against Democratic candidate Hillary Clinton, the poll leader, a historic event, as she was the first woman to run for president on a major party ticket, gender-based political violence was present, with severe attacks on democracy. The use of attacks on Hillary Clinton's qualifications and capabilities, as well as the use of Russian espionage (D'ANCONA, 2017), in a direct attack on the country's own sovereignty, demonstrates the magnitude of gender-based political violence and its pervasiveness in the democratic function. Thus, it is emphasized that adherence to and ratification of international treaties can be a clear opportunity to safeguard basic constitutional principles, without forgetting the defense of truth and social justice.

Thus, gender-based political violence is a systemic issue that weakens democracy. True representation requires structural reforms to protect and include women, especially those from marginalized groups. While treaties like CEDAW offer a framework, their impact depends on ratification, enforcement, and societal change. This ongoing violence is a democratic crisis that must be addressed to build inclusive and resilient systems.

REFERENCES

AGÊNCIA CÂMARA. Violência política de gênero: a maior vítima é a democracia. Available at: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/violencia-politica-de-genero-a-maior-vitima-e-a-democracia>. Accessed on: 16 July 2025.

ÁVILA, Manuela D' (ed.). Sempre foi sobre nós: relatos da violência política de gênero no Brasil. Porto Alegre: Instituto E se fosse você, 2021.

BOLÍVIA. Ley N° 243 contra el acoso y violencia política hacia las mujeres. La Paz: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), 2012. Available at: https://bolivia.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/cartilla_ley_243%20%281%29.pdf. Accessed on: July 20, 2025.

BRASIL. Decreto no 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Accessed on: 17 July 2025.

D'ANCONA, Matthew. Post-truth: the new war on truth and how to fight back. London: Ebury Publishing, 2017.

HEINRICH-BÖLL-STIFTUNG. CEDAW and the USA – When belief in exceptionalism becomes exemptionalism. 10 December 2019. Available at: <https://www.boell.de/en/2019/12/10/cedaw-and-usa-when-belief-exceptionalism-becomes-exemptionalism>. Accessed on: 15 July 2025.

ONU MULHERES. Cartilha de prevenção à violência política contra as mulheres em contextos eleitorais. 2022. Available at:

https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2021/12/Cartilha_de_Prevencao_a_Violencia_contra_as_Mulheres_em_Contextos_Eleitorais-1.pdf. Accessed on: 18 July 2025.

ONU MULHERES. Em toda a América Latina, as mulheres lutam contra a violência na política. 11 January 2019. Available at: <https://www.onumulheres.org.br/noticias/em-toda-a-america-latina-as-mulheres-lutam-contr-a-violencia-na-politica/>. Accessed on: 12 July 2025

POPULIST PUNITIVISM AND THE FIGHT AGAINST CORRUPTION: THE CONSTITUTIONAL RISKS OF THE SYMBOLIC EXPANSION OF ECONOMIC CRIMINAL LAW IN BRAZIL

Lucas Pimenta ALAMPE¹
Otávio Augusto Mantovani SILVA²

Corruption has assumed a central role in Brazilian public debates, particularly regarding its instrumentalization as a driver of social mobilization and legislative change. However, it is evident that Brazil's approach to combating corruption has not been purely legal; rather, it is often built upon populist and emotional foundations that distort democratic discourse and foster the rise of populist punitivism within the field of Economic Criminal Law. As Gebin (2014) demonstrated, legislative proposals related to corruption between 2002 and 2012 prioritized harsher penalties and the creation of new criminal offenses—frequently propelled by moral panics—while neglecting more structural and preventive solutions.

This dynamic is amplified by the use of populist rhetoric that strategically and ambiguously manipulates language. Wainberg (2020) notes that populism appropriates emotion and corrupts language to produce vague, polysemic discourses that allow multiple interpretations and generate emotional adherence without any commitment to factual accuracy. Such manipulation of discourse reinforces an environment of intolerance and superficiality, in which technical rigor gives way to media spectacle and a demand for swift penal responses.

Criminal Law, in a Democratic State governed by the rule of law, must be conceived as the *ultima ratio*—guided by guarantor principles and aimed at protecting essential legal interests—not as an instrument for symbolically asserting punitive power or managing political and moral crises (Fernandes, 2001).

Moreover, populist punitivism relies on discrediting traditional institutions and creating a symbolic enemy—usually associated with the corrupt politician and administrative elite. Marques (2019) highlights that the exacerbated social perception of corruption undermines trust in democratic institutions, creating fertile ground for populist leaders who promise radical, morally pure, anti-establishment solutions. In this context, corruption becomes a catalyst for authoritarian discourse, which often calls for an expansion of the punitive apparatus at the expense of

1 Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (FCHS /UNESP) - Câmpus de Franca. Bolsista CAPES. Especialista (pós graduação lato sensu) em Advocacia contenciosa pela Faculdade Legale. E-mail: lucaspimentaalampe@gmail.com.

2 Doutorando e Mestre Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca (FCHS/UNESP). Especialista (pós graduação lato sensu) em Direito Constitucional pela Escola Paulista da Magistratura (EPM-TJSP). Servidor do Judiciário Paulista. otavioaugustomantovani@hotmail.com/otavio.mantovani@unesp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2154972944007510>.

fundamental guarantees.

The central problem of this research is to understand if—and to what extent—the anti-corruption discourse in Brazil has been structured as a form of populist punitivism, promoting the symbolic and selective expansion of Economic Criminal Law, and what the consequences of this logic are for constitutional democracy. We start from the hypothesis that anti-corruption rhetoric has been captured by populist practices that, under the pretext of protecting democracy, end up weakening it by encouraging disproportionate penal responses, compromising constitutional guarantees, and creating a model of exceptional Criminal Law.

The research will be conducted using a hypothetical-deductive method, a qualitative approach, and critical analysis based on bibliographic and documentary review. We will examine, in particular, the legislative proposals presented in the National Congress, emblematic judicial decisions in the fight against corruption, and the media discourses that have helped build the notion of corruption as the absolute evil of politics. This work dialogues with theories of penal populism, criminological criticism, theories of punishment, and reflections on the symbolic and emotional use of language in the political sphere.

As Wainberg (2020) observes, populist discourse operates through punchy phrases, generalizations, and ambiguities that create the illusion of easy solutions to complex problems. In the legislative arena, Gebin (2014) identified that the immediate response to corruption cases often translates into the creation of new criminal offenses and the stiffening of penalties—practices that do not necessarily yield greater efficiency in crime control but are highly lucrative on a political and symbolic level. Marques (2019) adds that the delegitimization of institutions feeds the belief that only strong, “anti-system” leaders can resolve the crisis, opening space for authoritarian practices that destabilize constitutional democracy.

This work proposes a critique of this populist model, defending the need to requalify the corruption debate from a guarantist and democratic perspective—one that values institutional strengthening, the construction of effective public prevention and control policies, and unwavering respect for fundamental rights. The fight against corruption must not become a platform for advancing a symbolic, emotional, and selective Criminal Law; rather, it must form part of a democratic project that preserves penal rationality and upholds the Constitution’s centrality as a political pact.

REFERENCES

FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

GEBIN, Marcus Vinícius da Silva. A corrupção como impulsionadora da política criminal simbólica: análise das proposições legislativas apresentadas no Brasil no período de 2002 a 2012. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Available at: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/37399>. Accessed July 06, 2025.

MARQUES, Valéria de Oliveira. Corrupção e deslegitimação da democracia: um terreno fértil para a ascensão do populismo punitivista? Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2019. Available at: <https://acervodigital.pucpr.br/handle/123456789/1234>. Accessed July 06, 2025.

WAINBERG, Jaqueline. Populismo, emoção e a corrupção da linguagem: uma análise crítica dos discursos políticos contemporâneos. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2020. Available at: <https://revista.pucpr.br/populismo-emocao-linguagem>. Accessed July 06, 2025.

PUBLIC FINANCE AND CONTEMPORARY CONSTITUTIONS

João Alexandre de Souza MENEGASSI

The research proposed in this abstract is based on the following research-problem: What is the role of public finance in contemporary constitutions? The initial hypothesis is that public finance is essential within the new contemporary constitutional model, especially due to the imposition of fiscal rules and budgetary constraints in constitutional texts.

Public finance is understood as the system of financial activity of a given State, which includes the creation of methods, procedures, and definitions regarding revenue collection, expenditure, and the management of public credits and debts (Musgrave; Musgrave, 1989, pp. 3–5). Rudolph Goldscheid (1994, pp. 204–210) argues that social conflicts and transformations centered on the fiscal dimension of the State—through changes in investment allocation and tax collection, from absolutism to industrial capitalism—demonstrate the inseparability of public finance and politics.

Indeed, public finance is also directly linked to capitalism and its transformations throughout contemporary history (Oliveira, 2009, pp. 21–23). It reflects the changes in patterns of capitalist accumulation, especially those that occurred at the end of the 20th century: this is the period of transition from the Fordist production model and the welfare state to a financialized model and a State tied to indebtedness and private finance (Aglietta, 2015, p. 60).

Likewise, in addition to the changes in the economy brought about by financial dominance, there was also a transformation in the legal form established by constitutions to codify precisely this new economic policy (Grégoire, 2025, p. 706). This is because many countries implemented necessary fiscal adjustments through constitutional reforms, creating legal mechanisms for fiscal adjustment, public expenditure control, and improved budgetary structuring to ensure financial capital investment in the State (Gill, 2007, pp. 23–24).

This led to the creation of what Stephen Gill (2007, pp. 30–32; 2014, pp. 35–43) calls new constitutionalism: the establishment of legal frameworks and policies that enable forms of integration into the global economy and the expansion of the world market. In this sense, new constitutionalism is the political-legal dimension of contemporary capitalism and neoliberalism, with the intensification and deepening of financial dominance and fiscal discipline (Gill, 2007, p. 30).

Constitutions, in fact, began to include: (i) the presence of principles and rights aligned with neoliberal theories, such as economic freedom, freedom of contract, etc.; (ii) the exclusion of economic constraints, especially concerning national and international enterprises; and (iii) the

presence of greater fiscal discipline, either through the imposition of fiscal rules or through provisions regarding the public budget and the State's role in public finance (Gill, 2014, pp. 37–38).

It can thus be inferred that public finance is essential in this new constitutional model, as it determines the enforcement of rules imposed by international organizations, particularly the creditors of States (Biebricher, 2016, pp. 849–850). Therefore, certain economic, financial, and monetary policies become prominent: inflation control, public debt sustainability, and the creation of oversight mechanisms over fiscal commitments, which ultimately reduce democratic decisions regarding public finance (Biebricher, 2016, pp. 851–852).

Moreover, there are two other reasons for the essentiality of public finance in new constitutions. First, all rights entail costs for their implementation by the State, including the guarantee of individual liberties (Holmes; Sunstein, 2019, pp. 47–49). In this respect, the prioritization of strict fiscal policies leads to a decline in the quality of basic public services (such as health and education), as well as essential social policies (such as social security, food policies, etc.), increasing the likelihood of suppression or privatization of these services (Mares; Carnes, 2009, p. 96; Sampaio, 2020, p. 45). Second, the constitutionalization of fiscal rules, a unified budgetary process, and the centrality of the central bank also serve as a means of stabilizing these policies, meeting the demands of major international creditors and the adjustment policies of public finances (Biebricher, 2016, p. 854).

Thus, constitutions undergo a process of succession or adaptation to the new global economic context, which can occur through constitutional amendments, constitutional mutations, or even the enactment of new constitutions. These changes reframe constitutions on new foundations. They continue to contain provisions on social rights, including obligations for the State to implement them. However, the financial constitution increasingly becomes an obstacle to the realization of these rights, particularly due to stricter constitutional rules on public finance (Chilton; Versteeg, 2016, pp. 720–721; Mares; Carnes, 2009, pp. 108–110; Sampaio, 2020, pp. 45–47).

REFERENCES

AGLIETTA, Michel. A theory of capitalist regulation: the US experience. 3. ed. New York: Verso, 2015.

BIEBRICHER, Thomas. Neoliberalism and Law: the case of the constitutional balanced- budget amendment. *German Journal Law*, v. 17, n. 5, p. 835-856, 2016. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/neoliberalism-and-law-the-case-of-the-constitutional-balancedbudget-amendment/1F2A9551F1C211F0F94A63F3F948C4E5>. Acesso em: 13 maio 2025.

CHILTON, Adam; VERSTEEG, Mila. Rights without resources: the impact of constitutional social rights on social spending. *The Journal of Law and Economics*, v. 60, n. 598, p. 713- 749, 2017. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/696826?mobileUi=0>. Acesso em: 9 maio 2025.

GILL, Stephen. Market civilization, new constitutionalism and world order. In: GILL, Stephen; CUTLER, A. Claire (ed.). *New constitutionalism and world order*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 29-44.

GILL, Stephen. New constitutionalism, democratization and global political economy. *Pacifica Review: Peace, Security & Global Change*, v. 10, n. 1, p. 23-38, 2007. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14781159808412845>. Acesso em: 20 maio 2025.

GOLDSCHIED, Rudolph. A sociological approach to problems of public finance. In: MUSGRAVE, Richard; Alan T. PEACOCK. *Classics in theory of public finance*. London: Palgrave Macmillan, 1994.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

MARES, Isabela; CARNES, Matthew E. Social policy in developing countries. *Annual Review of Political Science*, v. 12, n. 1, p. 93-113. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/content/journals/10.1146/annurev.polisci.12.071207.093504>. Acesso em: 20 maio 2025.

MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. 5. ed. Nova York: McGraw-Hill, 1989.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. *Economia e política das finanças públicas no Brasil*. São Paulo: Hucitec, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição austeritária. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 21, n. 1, p. 39-58, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/20702>. Acesso em: 20 maio 2025

THE JUDICIALIZATION OF POLITICS: THE ROLE OF THE BRAZILIAN PARLIAMENT IN THE CURRENT CRISIS OF LEGITIMACY OF THE JUDICIARY

Vitória Alvarenga PISTORE¹

Even though more than three decades have passed since the end of the Civil-Military Dictatorship (1964-1985), Brazil continues to face a significant obstacle to the consolidation of democracy: the delegitimization of the judicial system in the eyes of public opinion. Given this problem, the following question arises: what is the main political phenomenon that can explain the crisis of popularity of one of the pillars of the Republic?

To illustrate the scale of the issue, a survey carried out in 2016 by the National Council of Justice indicated that more than 34% of the citizens interviewed were very dissatisfied with justice in Brazil, while only 4% were very satisfied. Among legal professionals, the number of dissatisfied people rises to 53.6%, while the number of fully satisfied people drops to 2%. The Brazilian Justice Confidence Index (ICJBrasil), produced by the Getúlio Vargas Foundation (FGV), showed in the same year that the judiciary enjoys only 29% of the population's confidence, far behind other institutions such as the Armed Forces (59%) and the Catholic Church (57%).

In an attempt to explain this scenario, this paper is based on the hypothesis that the Legislative Branch, although considered the “representative body par excellence of popular sovereignty” (Bastos, 1995, p. 5), has witnessed a decline in its political centrality in recent years and is no longer exercising its institutional primacy. This scenario has four different causes: (1) legislative action is limited by its abusive relationship with the economic sphere, responsible for dictating the interests of a minimal portion of the population; (2) the strong influence still present on the part of the Executive Branch, endowed with ample decision-making capacity; (3) the slowness and short-term ineffectiveness of the processes dictated by Parliament, creating a state of general dissatisfaction; (4) little and ineffective popular control over this sphere of power. The system described generates an institutional gap that is progressively filled by the judiciary, a phenomenon known as the “judicialization of politics”.

However, the judiciary contributes to popular distrust insofar as it is not made up of representatives of the people, but of unelected officials who serve the laws and not the voters²

1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (Unesp) - FCHS, campus de Franca. Atualmente, participa do grupo de extensão universitária Universidade Aberta à Terceira Idade (UNATI), destinado a oferecer apoio digital para idosos; da Assessoria Jurídica Popular (AJUP), a qual luta pela efetivação da cidadania e dos direitos sociais; e do Nexo Governamental XI de Agosto, responsável por aproximar os estudantes do universo político e institucional.

2 Cf. FARIA, 2003, p. 1-2; 17, VIANNA, Luiz Werneck, et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 21.

(Lopes, 1989, p. 124). The best way to illustrate this dynamic is through the Supreme Court. Unlike representative bodies, which are characterized by popular choice, the hallmark of the Courts of Justice is independence. Independence de jure, that is, the normative and institutional apparatus allows them to exercise their powers freely, without interference or inconvenience, while at the same time guaranteeing compliance with and obedience to decisions³.

Therefore, this summary works with the concept of “judicialization of politics”, whose origins go back to foreign doctrine⁴. Seeking to bring the ideas to the Brazilian context, the study takes as its basis the theoretical productions carried out by Professor Luís Roberto Barroso, taking advantage of a thorough bibliographical analysis and concluding that the gap caused by the legislative omission in fundamental agendas requires the judiciary to take the lead, which generates, in the long run, the understanding that the courts are exceeding their constitutional limits.

REFERENCES

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- GASPARDO, Murilo. et al. Crise da democracia brasileira e arranjos jurídico-institucionais. São Paulo: Estudos Avançados 39, 2022.
- GASPARDO, Murilo. O parlamento e o controle democrático do poder político. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 105, p. 769-825, 2010.
- Índice de Confiança no Judiciário aponta que apenas 29% da população confia na Justiça. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/indice-confianca-judiciario-aponta-apenas-29-populacao-confia-justica>>. Accessed on: May 17th, 2025.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, Jose Wilson Ferreira. O ATIVISMO JUDICIAL E A DEMOCRACIA DO PONTO DE VISTA DO INDIVÍDUO: A QUESTÃO DAS RELAÇÕES DE UNIÃO HOMOSSEXUAL. Revista de Direito Brasileira, v. 23, p. 172- 197, 2019.
- VIANNA, Luiz Werneck. et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. Escola Paulista de Magistratura, São Paulo, p. 231-253, 2017.

3 GASPARDO, Murilo. et al. Crise da democracia brasileira e arranjos jurídico-institucionais. São Paulo: Estudos Avançados 39, 2022. p. 59.

4 The term was introduced by Neal Tate and Torbjörn Vallinder in their book “The Global Expansion of Judicial Power”. Another common term, although it has a different meaning from the first, is “judicial activism”. This term, coined by Professor Barroso, comes from the doctrine of the American Arthur Shlesinger Jr., who, in turn, classified Supreme Court judges according to their stance on interpreting the Constitution.

CAPÍTULO VII
THE HUMAN RIGHTS PROTECTION OF VULNERABLE GROUPS
ACCORDING TO EU EXTERNAL AND INTERNAL POLICIES

CRIMINALIZATION OF MIGRATION: HUMAN RIGHTS CONSEQUENCES IN USA AND LATIN AMERICA

Matheus Arcoleze MARELLI¹
Maria Clara Bianchi FIRMINO²

In an increasingly globalized and interconnected world, States confront complex challenges that often generate instability, prompting political responses that gravitate toward far-right authoritarianism. This trend is particularly evident in the criminalization of irregular migration, wherein migrants are not treated as individuals seeking protection but rather as threats to national security and public safety.

According to the United Nations, criminalization involves treating irregular migration as a felony rather than an administrative infraction, resulting in detention and deportation of migrants. The United States under the Trump administration exemplifies this phenomenon through a series of policies that not only framed migrants as “aliens” and security threats but also implemented extensive measures such as border militarization, mandatory detention, asylum restrictions, and suspension of humanitarian aid, as detailed in Trump’s presidential act “Protecting the American People Against Invasion” (THE WHITE HOUSE, 2025).

The inquiry necessitates examination of the extent to which these policies align with or violate international human rights standards and the socio-economic repercussions domestically and regionally, raising a pertinent research problem: How does the criminalization of irregular migration in the United States reflect broader authoritarian tendencies, and what are the social, economic, and human rights implications for migrants and their countries of origin?

The hypotheses underpinning this analysis are threefold. First, the criminalization of migration in the United States is primarily motivated by political and ideological objectives rather than objective socio-economic threats. Second, such policies violate fundamental human rights, particularly the rights to asylum and due process, while causing economic detriment by diminishing the informal labor force that immigrants largely constitute.

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Grupo de Pesquisa Rotinas Trabalhistas: Direitos e Deveres Vol. IV, sob coordenação do Professor Doutor Antonio José Saviani da Silva; integra também o Grupo de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais, sob coordenação do Professor Doutor Fernando de Brito Alves. Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), financiada pela Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná (FA), sob orientação do Professor Doutor Antonio José Saviani da Silva.

2 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2025).

Third, the deportation of migrants puts significant pressure on countries of origin, predominantly in Latin America, exacerbating challenges related to employment, health, education and social reintegration, as well as contradicting acts of citizenship and international law, keeping deported citizens handcuffed on foreign soil (AGÊNCIA GOV, 2025).

From a theoretical standpoint, the legal and philosophical contributions of Hannah Arendt are particularly instructive. In “The Rights of Man: What Are They?” and “The Origins of Totalitarianism,” Arendt posits that citizenship constitutes “the right to have rights,” emphasizing that legal recognition and access to a shared public space are fundamental to human dignity and equality (LAFER, 1997). The criminalization of migration negates this principle by effectively revoking citizenship rights from deportees, who, upon forced return to their home countries, face profound social and economic exclusion.

The Trump administration’s rhetoric and policies embody authoritarian populism, leveraging fear and xenophobia to justify exclusionary and punitive measures that contravene international norms, including those articulated in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights.

Economically, the mass deportation of migrants undermines the host country’s labor market, as immigrants typically fulfill roles unattractive to native-born workers. This results in labor shortages and economic contraction, contradicting claims that migrants displace domestic employment. Furthermore, the reintegration of deportees into Latin American countries such as Brazil, Mexico, the Dominican Republic, and Colombia places undue strain on public infrastructure and social services, intensifying regional instability (USAFACTS, 2022).

So, the criminalization of migration—under the guise of national security—is revealed to be an ideologically driven strategy that violates human rights and generates adverse socio-economic effects both within the United States and across Latin America. The policies enacted during the Trump administration demonstrate the futility of exclusionary measures in resolving underlying social and economic challenges.

This situation underscores the necessity for a paradigm shift that reconceptualizes migration as a fundamental human condition grounded in the pursuit of dignity, safety, and opportunity. International cooperation and human rights-centered policies must prevail, reaffirming citizenship as a universal right in accordance with Arendt’s theory, thereby safeguarding democratic values in an increasingly unstable global order.

REFERENCES

AGÊNCIA GOV. **PF acolhe brasileiros de voo oriundo dos EUA.** Available at: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202501/pf-acolhe-brasileiros-de-voo-oriundo-dos-eua>. Accessed on: July 11, 2025.

ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism.** London: Penguin Classics, 2017.

EGAN, M. **How Trump's mass deportations could backfire on the American economy by shrinking paychecks.** Available at: <https://edition.cnn.com/2025/07/25/business/trump-jobs-immigration-economy>. Accessed on: July 15, 2025.

FRELICK, B. **Ten Harmful Trump Administration Immigration and Refugee Policies.** Available at: <https://www.hrw.org/news/2025/02/20/ten-harmful-trump-administration-immigration-and-refugee-policies>. Accessed on: July 18, 2025.

GOLDBERG, C. **Imigração nos EUA após Trump e o reforço do sistema legal.** Available at: <https://www.migalhas.com.br/depeso/433209/imigracao-nos-eua-apos-trump-e-o-reforco-do-sistema-legal>. Accessed on: July 16, 2025.

LAFER, C. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, Aug. 1997. Available at: <https://www.scielo.br/j/ea/a/9Sr35XjVCx9L7Ws7QypPMrG/>. Accessed on: July 13, 2025.

THE WHITE HOUSE. **Protecting the American People Against Invasion.** Available at: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/protecting-the-american-people-against-invasion/>. Accessed on: July 12, 2025.

UNITED NATIONS (UN). **The criminalisation of irregular migration.** Available at: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/CriminalisationIrregularImmigration.pdf>. Accessed on: July 17, 2025.

USAFACTS. **Where are authorized immigrants to the US coming from?** Available at: <https://usafacts.org/answers/where-are-authorized-immigrants-to-the-us-coming-from/country/united-states/>. Accessed on: July 14, 2025.

PROVISIONAL MEASURES OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS CRIMINAL POLICY: THE CASE OF THE CURADO PRISON COMPLEX

Lucas Pimenta ALAMPE¹
Otávio Augusto Mantovani SILVA²

The Brazilian penitentiary system has been the target of numerous criticisms due to its fundamentally flawed structure. Among these criticisms, the Supreme Federal Court (STF), when ruling on ADPF 347/DF, declared the “unequivocal failure of the Brazilian prison system” and recognized its configuration as a “state of unconstitutional affairs” (STF, 2015, p. 24).

The Curado Prison Complex, in Pernambuco, exemplifies this institutional collapse in Brazil’s penitentiary system. It is characterized by extreme overcrowding, violent deaths, circulation of weapons and drugs, and severe human-rights violations through systematic torture, in addition to inmates who perform functions analogous to those of penal officers — so-called “key-holders” — responsible for enforcing orders and managing the cells (CIDH, 2011, p. 8).

In this context, the Inter-American Court of Human Rights (Corte IDH) has issued numerous provisional measures against the Brazilian State, mandating structural reforms in the national prison system. Since 2014, multiple measures related to Curado have been issued, each reiterating the need for concrete, monitored interventions. These measures, provided for in Article 63(2) of the American Convention on Human Rights (CIDH), carry supra-legal, binding status, as reinforced by Article 68 of the same Convention and internalized in Brazil by Decree-Law No. 678/1992 (Brazil, 1992).

These erga omnes measures aim to immediately protect the human rights of persons deprived of liberty by requiring the State to adopt emergency plans for medical care, reduce overcrowding, and ensure security.

The central question of this research is to understand whether, and to what extent, the provisional measures ordered by the Corte IDH —especially in the Curado Prison Complex case— can act as catalysts for the formulation or transformation of national criminal-policy aimed at protecting the human rights of incarcerated persons.

-
- 1 Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (FCHS /UNESP) - Câmpus de Franca. Bolsista CAPES. Especialista (pós graduação lato sensu) em Advocacia contenciosa pela Faculdade Legale. E-mail: lucaspimentaalampe@gmail.com
 - 2 Doutorando e Mestre Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca (FCHS/UNESP). Especialista (pós graduação lato sensu) em Direito Constitucional pela Escola Paulista da Magistratura (EPM-TJSP). Servidor do Judiciário Paulista. otavioaugustomantovani@hotmail.com / otavio.mantovani@unesp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2154972944007510>.

This study adopts the hypothetico-deductive method, starting from a general hypothesis and analyzing it in light of a concrete case. It employs a qualitative approach with a bibliographic review of scientific articles and doctrine to contextualize the current penitentiary scenario of the Curado Complex. Next, a documentary analysis of Brazilian legislation in force and international resolutions is conducted.

The working hypothesis is that, thanks to their supra-legal character, the CIDH provisional measures can function as a criminal policy oriented toward the protection of human rights, but their effectiveness depends on the State's institutional capacity to implement them.

Criminal policy is understood here as a normative and functional axis guiding the criminal-legal system, with the objective of protecting legal interests, preventing illicit conduct, and legitimizing State action (Fernandes, 2001).

Although the Corte IDH acknowledged some punctual advances in access to healthcare, it found that the measures adopted by the State were insufficient to curb overcrowding and the degrading conditions at Curado, generating new technical diagnoses and contingency plans but without effective readiness on the part of State agencies.

Nonetheless, through a sixth measure, the Court consolidated the Contingency Plan and instituted double counting of sentences, grounded in Zaffaroni and Vacani's studies on penal compensation in situations of unlawful imprisonment (Vacani, 2012). According to the Court, each day served under critical overcrowding counts as two days to be remitted—a measure that aligns with Binding Summary 56 and awaits implementation by Brazilian courts (Corte IDH, 2018, p. 37).

These measures, despite their supra-legal nature and transformative potential, face limits imposed by institutional fragmentation and lack of cooperation among the Powers, which distances their theoretical efficacy from practical reality and highlights the urgency of structural reforms that ensure effective strategies and monitoring (Nóbrega & Figueiredo, 2024).

In summary, the Curado Prison Complex exemplifies the structural failure of Brazil's penitentiary system. The successive provisional measures of the Corte IDH have produced technical diagnoses, contingency plans, and a reorientation of the dogmatics of sentence enforcement, even though confined to this specific case.

Such measures can serve as a normative and functional axis of criminal policy. The introduction of double counting of sentences—as a concrete compensation for inmates subjected to degrading conditions—reinforces respect for the human rights of those deprived of liberty and contributes to reorienting the criminal-legal system by transforming international precepts into effective guidelines for sentence enforcement.

However, for these international precepts to move beyond programmatic directives and effectively guide sentence enforcement, it is essential to overcome institutional fragmentation and ensure permanent implementation and monitoring mechanisms.

REFERENCES

BRASIL. Decreto-lei no 678, de 06 de novembro de 1992. Convenção Americana de Direitos Humanos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Accessed June 26, 2025

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/MC. Sistema Penitenciário Nacional. Superlotação carcerária. Condições desumanas de custódia. Violação massiva de direitos fundamentais. Falhas estruturais. Estado de coisas inconstitucional. Configuração. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Available at: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Accessed June 26, 2025

CIDH. Solicitação de Medidas Cautelares. Ofício HCR 03.06.11 –1 de 03 de Junho de 2011. Available at: http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/01_solicitacao-de-medidas-cautelares-presidio-anibal-bruno-final-2011-06-03_--pub.pdf. Accessed June 26, 2025

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Accessed June 26, 2025

FERNANDES, Fernando Andrade. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FIGUEIREDO, João Augusto Maranhão de Queiroz. Uma Análise Neoinstitucional das Medidas Provisórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Complexo Prisional do Curado. *Direito Público*, v. 20, n. 108, 2024. Available at: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/7486>. Accessed June 26, 2025

VACANI, Pablo Andrés. Introducción. In: VACANI, Pablo Andrés; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales*. 1a ed. Buenos Aires: Ediar, 2012.

THE RISE OF TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME AS A THREAT TO HUMAN RIGHTS: A CASE FOR INTEGRAL GARANTISM AND EU-BRAZIL JUDICIAL COOPERATION

Francisco Antonio Nieri MATTOSINHO

1. THEME

This paper addresses the evolution of large-scale criminality and its profound implications for international security, the rule of law, and the protection of human rights in a globalized world. It examines the shift from traditional, individual-based crime to highly structured, powerful transnational criminal organizations that operate as "crimes of power," fundamentally altering the landscape of public security. Specifically, it analyzes the dynamics of narco-trafficking between Brazil and the European Union, highlighting the strategic alliances between Brazilian factions, such as the Primeiro Comando da Capital (PCC), and European mafias like the 'Ndrangheta. This analysis serves as a backdrop to advocate for a paradigm shift in criminal policy, grounded in robust international judicial cooperation and a comprehensive understanding of human rights protection that encompasses the security of the entire community.

2. RESEARCH PROBLEM

The central research problem stems from the growing inadequacy of traditional criminal justice systems to confront the modern architecture of organized crime. As noted by Ferrajoli, the most significant threat to fundamental rights no longer originates from marginalized individuals but from powerful, integrated networks that infiltrate the legal economy and state institutions. These organizations destabilize democratic institutions through systemic corruption, coercion, and extreme violence, effectively rendering entire communities vulnerable.

This reality poses a critical question: How can the State fulfill its positive obligation to protect the human rights of its citizens when confronted by criminal structures that possess mafia-like characteristics, including territorial control, vast economic power, and a transnational operational capacity? This paper argues that a narrow focus on the procedural rights of the accused, without an equally vigorous effort to dismantle these criminal macro-structures, results in a systemic failure to protect the human rights of the wider society, which becomes a hostage to criminal governance.

3. HYPOTHESES

This research is guided by three central hypotheses:

3.1 The Insufficiency of Traditional Criminal Policy

The classic model of criminal law, designed to address inter-individual and subsistence crime, is structurally ill-equipped to neutralize "crimes of power" perpetrated by sophisticated, transnational organizations. The operational scale of groups like the PCC, which controls a significant portion of the cocaine trade to Europe, demonstrates a new class of criminality where the "dangerous classes" are no longer the marginalized, but the ruling elites of a parallel, criminal state.

3.2 The Imperative of Integral Penal Garantism

An effective and human-rights- compliant response requires the adoption of "Integral Penal Garantism." This doctrine posits that the constitutional system of guarantees must be interpreted holistically, balancing the fundamental rights of individuals under investigation with the State's positive obligation to protect society from severe threats. As argued by Fischer and Pereira, international human rights courts increasingly demand that States maintain an effective criminal procedure capable of identifying and punishing those responsible for grave violations, thereby ensuring the rights of victims and the community.

3.3 The Necessity of Transnational Cooperation

Given that these criminal networks are inherently cross-border and their activities span continents, unilateral actions are doomed to fail. Effective disruption of these groups is contingent upon deep and structured judicial and law enforcement cooperation between source, transit, and destination countries. The EU's strategic frameworks, such as the EU Strategy to Tackle Organised Crime (2021–2025), provide a robust model for such cooperation, emphasizing the dismantling of networks and their financial lifelines.

4. THEORETICAL ANALYSIS

The analysis is built upon a dual theoretical foundation. First, it adopts Ferrajoli's criminological framework distinguishing "crimes of power" from common delinquency. Evidence from Brazilian and European authorities confirms that organizations like the PCC have evolved far beyond prison gangs into international criminal leviathans, forming strategic alliances with Italian mafias ('Ndrangheta), Colombian cartels (FARC), and other groups. Their infiltration of the legal economy through money laundering and corruption and their use of logistical hubs like the Ports of Santos and Paranaguá to flood Europe with cocaine are emblematic of this new criminal paradigm.

Second, the paper advances the legal-doctrinal concept of Integral Penal Garantism, as

developed by scholars like Douglas Fischer. This perspective challenges a one-sided interpretation of "garantism" that focuses exclusively on the defendant. It reasserts that the protection of human rights is a dual responsibility: protecting the accused from state overreach while also protecting the community from the violation of their rights to life, liberty, and security by powerful criminal actors. This requires a proactive and effective State apparatus for investigation and prosecution, as consistently affirmed by supranational human rights courts.

This theoretical framework is contextualized through an examination of the European Union's multi-layered response. The EU's strategies focus on key pillars: boosting cooperation through agencies like Europol and EMPACT, disrupting high-priority criminal markets (especially drug trafficking), eliminating criminal profits through anti-money laundering and asset confiscation, and adapting judicial tools to the digital age. The recent meetings between the São Paulo Public Prosecutor's Office and Italian Anti-Mafia authorities—where the latter shared experiences in combating the Cosa Nostra and 'Ndrangheta—underscore the urgent need for Brazil to learn from and integrate with these international efforts, acknowledging that "Brazil is currently experiencing what [Italy has] already gone through."

5. CONCLUSION

The evidence presented demonstrates that major Brazilian criminal organizations have morphed into transnational threats that exhibit clear narcoterrorist and mafia-like characteristics. They control territory, destabilize democratic institutions, and victimize entire communities, thereby creating a new class of vulnerable groups.

Confronting this reality requires a decisive paradigm shift in Brazilian criminal policy. Domestically, this entails the legislative adoption of a robust "anti-mafia" legal framework, equipped with modern investigative techniques and appropriate measures for incapacitating criminal leadership. Internationally, it demands that Brazil move beyond sporadic cooperation and fully integrate into a structured, permanent alliance with the European Union and other global partners. By embracing a philosophy of Integral Penal Garantism and learning from the European experience, Brazil can begin to restore the State's monopoly on force and fulfill its most fundamental duty: the protection of its citizens' human rights against the pervasive power of organized crime.

6. MAIN REFERENCES

European Commission. (2021). EU Strategy to Tackle Organised Crime (2021–2025).

European Commission. (2023). EU Roadmap to Fight Drug Trafficking and Organised Crime

(2023–2025).

FERRAJOLI, Luigi. (2003). Criminalità e Globalizzazione. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 42.

FISCHER, Douglas; Pereira, Frederico Valdez. (2023). As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 4th ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Insight Crime. (2019). PCC-'Ndrangheta, the International Criminal Alliance Flooding Europe with Cocaine.

Ministério Público de São Paulo. (2024). 'Brasil vive o que vocês já viveram', diz PGJ a autoridades do Sistema Antimáfia da Itália.

CAPÍTULO VIII

CRIMINOLOGÍA

LA RESPUESTA PENAL FRENTE AL FEMINICIDIO Y SU IMPACTO REAL EN LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES

Jamileth Bethsaida Marzano HERMOSILLA

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza críticamente la eficacia del Derecho Penal peruano frente al feminicidio, delito que, a pesar de haber sido tipificado, continúa en alarmante ascenso. A partir de datos estadísticos y un enfoque victimológico, se examina el rol de las instituciones de justicia y las limitaciones estructurales del sistema penal. Se propone una reflexión en torno a la necesidad de una respuesta integral que articule sanción penal con políticas públicas de prevención y protección de las mujeres. Además, el trabajo hace un llamado a reformular el enfoque estatal desde una perspectiva de género, centrada en la vida y la dignidad de las víctimas.

En las últimas décadas, el Perú ha evidenciado un preocupante y sostenido incremento en los casos de feminicidio, a pesar de contar con un marco legal que sanciona de manera expresa y severa este delito. El ordenamiento jurídico peruano incorporó el feminicidio como figura penal autónoma mediante la Ley N.º 29819 del año 2011, añadiendo el artículo 108-B del Código Penal, reconociendo así la gravedad de los crímenes perpetrados contra mujeres por razones de género. Sin embargo, las cifras muestran que esta tipificación no ha sido suficiente para frenar su recurrencia. Según datos oficiales del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), en el año 2022 se registraron 147 feminicidios, mientras que en 2023 la cifra se elevó a 165 casos, lo que representa un incremento del 12,2 % respecto al año anterior (Andina, 2024). La tendencia ascendente continuó en 2024, año en el que la Defensoría del Pueblo reportó 170 víctimas, superando así los 450 feminicidios acumulados en el periodo 2022–2024 (Defensoría del Pueblo, 2025).

El panorama actual no resulta menos alarmante: entre enero y marzo de 2025, ya se han documentado 49 nuevos feminicidios, siendo especialmente grave que más del 55 % de las víctimas se encontraban en el rango de 18 a 29 años (Infobae, 2025). Estas cifras reflejan no solo la persistencia del problema, sino también la limitada eficacia del sistema penal en cuanto a su función preventiva y protectora. A pesar del endurecimiento de las sanciones y la implementación de múltiples campañas de concientización, la violencia feminicida continúa cobrando víctimas con total impunidad y desprotección.

Frente a esta cruda realidad, surge la dura pregunta: ¿está cumpliendo el Derecho Penal su función protectora frente al feminicidio en el Perú o se requiere un replanteamiento estructural? Este trabajo busca abrir un debate sobre los límites de la respuesta penal frente a la violencia

feminicida y la urgencia de un replanteamiento estatal que coloque la vida y la dignidad de las mujeres en el centro de toda política criminal.

2. MARCO NORMATIVO DEL FEMINICIDIO EN EL PERÚ

El feminicidio fue incorporado como tipo penal autónomo en el Perú en el año 2011, mediante la Ley N.º 29819 y el artículo 108-B del Código Penal, su regulación ha mostrado desde entonces tensiones entre el reconocimiento simbólico y la eficacia real. Esta figura se construyó como una herramienta para visibilizar la violencia letal basada en género, en consonancia con compromisos internacionales como la Convención de Belém do Pará. No obstante, la sola existencia de una norma no implica su aplicación efectiva ni su impacto inmediato en la realidad de las mujeres.

Una situación similar se observa en otros países de América Latina. Por ejemplo, Brasil tipificó el feminicidio como circunstancia agravante del homicidio en 2015, a través de la Ley N.º 13.104, aunque las altas tasas de impunidad y la violencia sistemática contra las mujeres persisten. En México, donde el feminicidio fue reconocido penalmente desde 2007, también se ha denunciado la falta de capacidad institucional para investigar y sancionar estos crímenes, especialmente en estados con mayores índices de violencia de género como el Estado de México o Ciudad Juárez. Estas experiencias comparadas demuestran que la tipificación penal no basta por sí sola para detener la violencia feminicida, si no va acompañada de medidas integrales y una implementación efectiva.

A lo largo de los años, el Perú ha aprobado normas complementarias, como la Ley N.º 30364 en 2015, que, apuesta por una atención multisectorial y preventiva, y ha introducido modificaciones al Código Procesal Penal para incluir medidas urgentes de protección. Sin embargo, informes de la Defensoría del Pueblo han señalado una implementación fragmentada y deficiente, con operadores de justicia que no siempre comprenden la especificidad del feminicidio ni aplican el enfoque de género al juzgar estos casos.

Además, la figura penal ha recibido críticas por su redacción ambigua, al incluir diversos contextos (violencia familiar, abuso de poder, acoso, entre otros) que en la práctica generan dificultades probatorias. Esto ha llevado a que muchos feminicidios sean reclasificados como homicidios simples, generando impunidad o sanciones más leves para los agresores.

En ese sentido, el marco normativo peruano, aunque valioso como reconocimiento jurídico del problema, no ha sido suficiente para prevenir ni sancionar adecuadamente el feminicidio. Ello obliga a repensar no solo la norma sustantiva, sino también los mecanismos institucionales, procesales y culturales que la sostienen.

3. LA RESPUESTA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL FRENTE AL FEMINICIDIO

La eficacia del Derecho Penal frente al feminicidio no solo depende del marco normativo sustantivo, sino también de la forma en que las instituciones encargadas de aplicar la ley como: la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial actúan ante estos casos. En el contexto peruano, diversos informes institucionales y estudios académicos coinciden en señalar que la respuesta del sistema de justicia sigue siendo deficiente, lenta y poco sensible al enfoque de género.

Uno de los principales problemas es la falta de articulación interinstitucional. Muchas veces, las comisarías no registran correctamente las denuncias por violencia previa, lo que impide construir un patrón de riesgo que podría haberse identificado antes del feminicidio. A ello se suma la escasez de personal especializado, la sobre carga procesal y la revictimización que sufren las mujeres y sus familias durante el proceso judicial.

La Fiscalía, por su parte, enfrenta retos tanto en la etapa de investigación como en la calificación del delito. En muchos casos, el feminicidio es reclasificado como homicidio simple, lo que conlleva a penas menores y, en consecuencia, genera un mensaje de impunidad. Esto ocurre, en parte, por dificultades probatorias y por una interpretación judicial que minimiza el componente de género del crimen.

El Poder Judicial, a su vez, ha sido criticado por la lentitud de los procesos y la aplicación desigual de criterios al momento de juzgar. Aunque existen juzgados y fiscalías especializadas en violencia contra la mujer, su cobertura no es nacional y su carga procesal es desproporcionada. Además, no todos los operadores de justicia reciben formación adecuada en enfoque de género, lo que reproduce sesgos estructurales.

Estas falencias institucionales explican por qué, según la Defensoría del Pueblo (2024), más del 70 % de los feminicidios registrados entre 2020 y 2023 no tenían medidas de protección previas activadas, y en muchos casos existían denuncias anteriores que no fueron atendidas con la debida diligencia.

En resumen, la respuesta del sistema penal frente al feminicidio se encuentra limitada por factores estructurales, institucionales y culturales que impiden una actuación efectiva, preventiva y reparadora. La penalización del feminicidio pierde fuerza cuando no está acompañada por un aparato estatal que garantice el acceso a la justicia, la protección oportuna y la sanción efectiva.

4. PROPUESTAS PARA UNA PROTECCIÓN (EX ANTE) MÁS EFECTIVA

Frente a la persistencia del feminicidio en el Perú, resulta evidente que las respuestas estatales actuales centradas en la sanción penal y campañas de sensibilización no han logrado

reducir los asesinatos de mujeres por razones de género. La inercia institucional, el uso meramente simbólico del Derecho Penal y la desconexión entre las normas y la realidad social exigen repensar radicalmente la forma en que el Estado responde a esta forma extrema de violencia.

En primer lugar, urge romper con el modelo reactivo y fragmentado que espera a que la violencia escale hasta el homicidio para intervenir. Se requiere una intervención temprana obligatoria cuando existan señales de riesgo reiteradas, con equipos interinstitucionales (salud, justicia, educación y comunidad) que evalúen casos y tomen decisiones preventivas con rapidez y respaldo legal. Esto implica crear un sistema de alerta nacional obligatorio, donde cada denuncia active automáticamente medidas de protección inmediatas.

En ese mismo sentido, una propuesta concreta desde la ciudadanía —y especialmente desde las propias mujeres— es el desarrollo de una aplicación móvil solidaria de protección, basada en tecnología de geolocalización y respuesta inmediata. Esta App permitiría que, ante una situación de peligro, una mujer pueda activar una alerta en tiempo real, que notifique de inmediato a: (i) la comisaría más cercana con su ubicación exacta, (ii) familiares y personas de confianza registradas, y, (iii) si se desea, a una red local de mujeres voluntarias previamente verificadas.

Además de ser una herramienta de auxilio, la aplicación funcionaría como plataforma preventiva, educativa y de denuncia segura, con recursos legales, contactos de ayuda y protocolos de actuación. Por otro lado, se plantea la necesidad de crear un registro nacional de agresores, como medida preventiva y pública, especialmente cuando hay antecedentes de reincidencia. Así, se evitaría que agresores seriales pasen inadvertidos entre regiones o instituciones.

Asimismo, debe establecerse responsabilidad penal funcional para autoridades que omitan actuar ante una denuncia previa. Muchas víctimas acuden varias veces a comisarías o fiscalías sin que se actúe con la debida diligencia. La inacción del Estado también mata, y debe tener consecuencias legales. Desde una mirada estructural, es urgente incluir la prevención del feminicidio como eje transversal del presupuesto público, priorizando la inversión en zonas vulnerables, comunidades rurales y distritos de alta incidencia. No puede existir una política real de prevención si no se destina presupuesto concreto a ello.

Finalmente, la justicia penal debe ser reformulada para poner al centro la vida y la dignidad de las mujeres, no solo como objetos de protección legal, sino como sujetas de derechos que deben ser escuchadas, acompañadas y reparadas. Esto implica cambiar no solo normas, sino también la cultura institucional machista y revictimizante que muchas veces obstaculiza el acceso a la justicia.

Solo con una política criminal que deje de castigar simbólicamente y comience a proteger realmente, el Perú podrá acercarse a un modelo de justicia que prevenga el feminicidio y garantice a las mujeres vivir sin miedo.

5. CONCLUSIÓN

El feminicidio en el Perú evidencia las limitaciones de un sistema penal que llega tarde y protege poco. A pesar de su tipificación, la violencia letal contra las mujeres persiste. Urge una respuesta integral que combine sanción, prevención y protección efectiva. Solo así el Estado dejará de reaccionar tras la tragedia y comenzará a garantizar una vida libre de violencia para todas las mujeres.

REFERENCIAS:

BRASIL. Lei No 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, Distrito Federal, Brasil, 2015.

DEL PUEBLO, D. Defensoría del Pueblo alerta sobre incremento peligroso de casos de feminicidio en últimos tres años. 2025. Disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-alerta-sobre-incremento-peligroso-de-casos-de-feminicidio-en-ultimos-tres-anos/?utm_source=. Acceso en: 28 jul. 2025.

GIRALDO, C. Perú registra 49 feminicidios entre enero y marzo de 2025: el 55.1% de víctimas tiene entre 18 a 29 años. Infobae, Lima, 18 de abr. 2025. Disponible en: <https://www.infobae.com/peru/2025/04/18/peru-registra-49-feminicidios-entre-enero-y-marzo-de-2025-el-551-de-victimas-tiene-entre-18-a-29-anos/>. Acceso en: 25 jul. 2025.

MIMP. Estadísticas - mimp. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables Disponible en: https://www.mimp.gob.pe/omep/estadisticas-atencion-a-la-violencia.php?utm_source=. Acceso en: 29 jul. 2025.

Mimp: En el 2023 se registraron 165 casos de feminicidio, 18 más que en el 2022. El Peruano. 2024. Disponible en: https://www.elperuano.pe/noticia/232658-mimp-en-el-2023-se-registraron-165-casos-de-feminicidio-18-mas-que-en-el-2022?utm_source=. Acceso en: 29 jul. 2025.

OEA. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belém do Pará. Organización de los Estados Americanos. 1994. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>. Acceso en: 26 jul. 2025.

PERÚ. Ley No 29819. Incorpora el delito de feminicidio en el Código Penal. Brasília, Lima, Perú, 2011.

UNODC. UNODC y ONU Mujeres publican el “Informe Feminicidios 2023”. ONU Mujeres México. 2024. Disponible en: https://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/index.php/2024/11/26/unodc-onu-mujeres-publican-informe-feminicidios-2023/index.htm?utm_source=. Acceso en: 30 jul. 2025.